

346.02
RAS
P 21

PERJANJIAN BANGUN GUNA SERAH (*BUILD OPERATE AND TRANSFER*) SEBAGAI ALTERNATIF KERJASAMA INVESTASI BIDANG PARIWISATA DI BALI



TESIS

**Disusun Dalam Rangka Memenuhi Persyaratan
Program Magister Ilmu Hukum**

Oleh :

DESAK PUTU DEWI KASIH

NIM : B4A001015

Pembimbing :

PROF. Dr. SRI REDJEKI HARTONO, SH

**BIDANG KAJIAN HUKUM EKONOMI DAN TEKNOLOGI
PROGRAM PASCA SARJANA ILMU HUKUM
UNIVERSITAS DIPONEGORO
SEMARANG
2003**

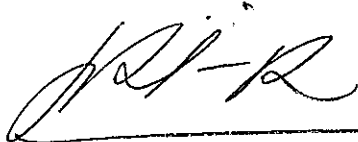
**PERJANJIAN BANGUN GUNA SERAH (BUILD OPERATE AND
TRANSFER) SEBAGAI ALTERNATIF KERJASAMA
INVESTASI BIDANG PARIWISATA DI BALI**

Disusun Oleh :
DESAK PUTU DEWI KASIH
NIM : B4A001015

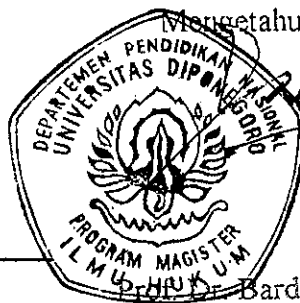
Dipertahankan di depan Dewan Penguji
Pada tanggal : 4 Desember 2003

Tesis ini telah diterima
Sebagai persyaratan untuk memperoleh gelar
Magister Ilmu Hukum

Pembimbing
Magister Ilmu Hukum



Prof. Dr. Sri Redjeki Hartono, SH
NIP. 130 368 053



Mengetahui Ketua Program

Barda Nawawi Arief, SH
NIP. 130 350 519

KATA PENGANTAR

Penulis mengucapkan puji syukur kehadiran Tuhan Yang Maha Esa (Ida Sang Hyang Widhi Wasa), karena atas rahmat dan karunia-Nya penulis dapat menyelesaikan penulisan tesis ini, yang berjudul Perjanjian Bangun Guna Serah (Build Operate and Transfer) Sebagai Alternatif Kerjasama Investasi Bidang Pariwisata di Bali.

Penulisan tesis ini, dimaksudkan sebagai salah satu persyaratan guna menyelesaikan studi pada Program Magister Ilmu Hukum Kajian Hukum Ekonomi dan Teknologi pada Universitas Diponegoro Semarang.

Namun dengan tekad, dan rasa ingin tahu dalam pengembangan ilmu, maka penulis dapat menyelesaikannya. Untuk itu penulis sangat berterima kasih bila ada kritikan dan saran yang konstruktif demi penyempurnaan tesis ini. Penulis menyadari hanya dengan bantuan dari berbagai pihak penulisan tesis ini dapat terselesaikan.

Untuk itu penulis menyampaikan dengan rasa hormat dan penghargaan yang setinggi-tingginya kepada Prof. Dr. Sri Redjeki Hartono, SH selaku pembimbing yang telah memberikan pengarahan, masukan dan kritik yang membangun selama proses penulisan tesis ini. Integritas beliau sebagai akademisi dan figur ibu yang selama ini dirasakan oleh penulis telah memberikan kesan yang berarti bagi penulis.

Rasa terima kasih juga penulis sampaikan kepada pihak-pihak yang telah mendukung proses penyelesaian studi dan penelitian untuk tesis ini antara lain :

1. Rektor Universitas Udayana Bali yang telah memberikan izin kepada penulis untuk mengikuti Program Magister Ilmu Hukum.
2. Para Guru Besar dan Staf Pengajar Program Magister Ilmu Hukum UNDIP.
3. Ketua dan Sekretaris Program Magister Ilmu Hukum UNDIP yang secara institusional telah mengizinkan dan memfasilitasi penulis untuk mengikuti dan menyelesaikan studi.
4. Bapak Budi Santoso, SH, M.H., yang telah pula membantu dan membimbing penulis dalam pembuatan tesis ini.
5. Rekan-rekan seangkatan yang telah memberikan motivasi untuk menyelesaikan tesis ini dan setia menjadi mitra diskusi, selama mengikuti Pendidikan di Program Magister Ilmu Hukum.
6. Semua pihak yang tidak dapat kami sebutkan satu persatu yang telah banyak membantu penulis dalam menyelesaikan tesis ini.
7. Tak lupa pula ucapan terima kasih kepada saudara-saudara saya : Gus Dek, Sak Wik, Dik Atuk, Sak Adek dan rekan-rekan di Fakultas Hukum UNUD yang telah banyak membantu dan dukungannya dalam menyelesaikan tesis ini.
8. Tesis ini saya persembahkan kepada orang tua saya : IBN Lingga (alm), Desak Putu Arsadi Lingga, yang tercinta Turah Deagung, ananda Agung Ody dan Agung Ayu Nadia, yang telah memberikan dorongan, dukungan maupun pengorbanan selama saya mengikuti studi hingga selesai.

Akhirnya semoga karya ini dapat memberikan setitik manfaat bagi pengembangan ilmu pengetahuan.

Semarang, November 2003

Penulis

ABSTRAK

Dewasa ini kegiatan kerjasama investasi berkembang pesat di dalam masyarakat. Kegiatan kerjasama demikian dapat dilakukan dengan berbagai macam cara, diantaranya melalui perjanjian Bangun Guna Serah (Build Operate and Transfer).

Bangun Guna Serah (BOT) merupakan bentuk perjanjian kerjasama yang dilakukan antara pemegang hak atas tanah dengan investor, yang menyatakan bahwa pemegang hak atas tanah memberikan hak kepada investor untuk mendirikan bangunan selama masa Perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) dan mengalihkan kepemilikan bangunan tersebut kepada pemegang hak atas tanah setelah masa Bangun Guna Serah (BOT) berakhir yang disebut dengan istilah masa konsesi.

Lahirnya perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) ini didasarkan atas asas kebebasan berkontrak (*freedom of contract*) karena sampai saat ini belum ada pengaturan khusus yang mengatur masalah Bangun Guna Serah. Namun di dalam praktek usaha sehari-hari, bentuk kerjasama investasi dengan sistem Bangun Guna Serah (BOT) telah banyak dilakukan baik antara pemerintah (pemilik hak eksekutif) dengan investor maupun antara pemilik lahan dengan investor. Investor dalam hal ini dapat dari luar negeri maupun domestik.

Sehubungan dengan hal tersebut dalam tesis ini diangkat tiga permasalahan *Pertama*, Apakah dasar hukum dalam perjanjian Bangun Guna Serah sebagai alternatif kerjasama investasi, *kedua*, Bagaimanakah pemanfaatan perjanjian Bangun Guna Serah terhadap pengembangan bidang pariwisata di Bali, *ketiga*, Bagaimanakah akibat hukum dari perjanjian Bangun Guna Serah dalam rangka kerjasama investasi bidang pariwisata di Bali.

Pembahasan terhadap hasil penelitian dapat disimpulkan bahwa dasar hukum perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) adalah terdiri dari *pertama*, dasar hukum substantif meliputi ketentuan-ketentuan mengenai perjanjian pada umumnya dan ketentuan-ketentuan mengenai sewa menyewa dalam Kitab Undang-undang Hukum Perdata (KUH Perdata); *kedua*, dasar hukum administratif dapat terdiri dari : Peraturan perundang-undangan yang menjadi dasar pengelolaan BUMN, BUMD/Perusahaan Daerah; *ketiga*, peraturan perundang-undangan di bidang investasi, pertanahan dan perpajakan.

Mengenai pemanfaatan perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) dapat dikemukakan : *pertama*, mekanisme dan konstruksi perjanjian dilaksanakan dalam beberapa tahap yaitu tahap pembiayaan, tahap pembangunan, tahap pengoperasian, tahap pemeliharaan dan tahap pengalihan dengan konstruksi hukumnya terdiri dari : para pihak dalam perjanjian, obyek yang di perjanjian dan ketentuan serta syarat-syarat mengenai pelaksanaan perjanjian. Perjanjian ini dimanfaatkan oleh pemerintah selaku pemilik hak eksklusif atas sebidang tanah maupun pemilik lahan melalui kerjasama investasi dengan investor dengan pertimbangan ekonomis dan non ekonomis untuk memperoleh keuntungan yang diharapkan.

Sedangkan mengenai akibat hukum dari perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) adalah *pertama*, didasarkan pada hubungan hukum dari para pihak sehingga akibat hukum akan timbul baik terhadap pemilik hak eksklusif atau pemilik lahan maupun terhadap investor. *Kedua*, didasarkan pada akibat hukum dari perjanjian menurut KUH Perdata yaitu : Perjanjian dengan sistem Bangun Guna Serah yang telah dibuat secara sah, berlaku sebagai undang-undang bagi para pihak, tidak dapat ditarik kembali secara sepihak serta pelaksanaan perjanjian dilakukan berdasarkan itikad baik.

ABSTRACT

Nowadays, activity of investment cooperation grows rapidly in community. These activity of cooperation can be conducted in many ways, such as by Build Operate and Transfer Agreement.

Build Operate and Transfer agreement was a form of cooperation agreement which are conducted between right owner of the land and investor, which stated that right owner of the land should giving rights to the investor to build the building during the term of Build Operate and Transfer and to transferring the building proprietary rights to he right owner of the land after the term of Build Operate and Transfer was finished, called a period of concession.

Those agreement of Build Operate and Transfer Born was created based on the freedom of contract it's because until this time, there is no special regulation which arrange the problem of Build and operate. But in everyday practice, investment cooperation form by Build operate and transfer system have done either between government (executive rights owner) with investor and also between land owner with investor. Investor in this case could be either from foreign or domestic.

Referring to those agreement mentioned in this thesis, lifted three problems. First, what is legal fundament in Build operate and transfer agreement as investment cooperation alternative; Second, how to take advantages of this agreement of build operate and transfer to tourism area development in Bali; Third, how legal consequences from agreement of build operate and transfer in the term of investment cooperation of tourism in Bali.

Solution to result of this research can be concluded that the legal fundament of build operate and transfer agreement consisting of : First, substantive legal fundament consist of rules concerning on agreement in general and rule concerning tenancy in Civil Code (KUH Perdata); Second, administrative legal fundament can consist of : Law and regulation which becoming base management of BUMN, BUMD/Perusda; Third, law and regulation in investment, taxation and land.

Concerning of build operate and transfer agreement can be described: First, agreement of construction and mechanism Implemented in a few phase that I'S phase of financing, phase of development, phase of operation, phase of treatment and transfer with its law construction consist of : the parties in agreement, object mentioned in agreement and rule and also requirement of agreement implementation. This agreement is exploited by government as exclusive rights owner of a piece of land and also land owner through investment cooperation with investor with economic and non economic consideration to obtain expected benefit.

While concerning of legal consequences from build operate and transfer agreement is First, relied on contractual terms of relevant parties, so that legal consequences will arise either on exclusive rights owner, land owner or also to investor. Second, relied on legal consequences from agreement according to KUH Perdata that is - Agreement with Build operate and transfer system which have been made validly, ruled as code to all party, cannot be pulled again unilaterally and also implementation of agreement should conducted in pursuant of good faith.

DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL	i
HALAMAN PENGESAHAN	ii
KATA PENGANTAR	iii
ABSTRAK	v
ABSTRACT	vi
DAFTAR ISI	vii
 BAB I PENDAHULUAN	
A. Latar Belakang.....	1
B. Perumusan Masalah	7
C. Tujuan Penelitian	7
D. Kontribusi Penelitian.....	8
E. Kerangka Pemikiran.....	9
F. Metode Penelitian	22
 BAB II TINJAUAN PUSTAKA	
A. Perjanjian dan Perjanjian Sewa Menyewa Pada Umumnya....	29
1. Perjanjian Pada Umumnya	29
2. Perjanjian Sewa Menyewa	66
B. Tinjauan Terhadap Perjanjian Kerjasama Investasi.....	81
1. Perjanjian Bangun Guna Serah (Build Operate and Transfer)	81
2. Perjanjian Build Operate Own (BOO)	91

3. Perjanjian Build Own Operate Transfer (BOOT).....	92
4. Perjanjian Build Transfer Operate (BTO).....	93
5. Perjanjian Kerjasama Operasi (KSO).....	94
C. Pemanfaatan Perjanjian Bangun Guna Serah (BOT).....	95
1. Pemanfaatan Ekonomis Perjanjian Bangun Guna Serah (BOT)	95
2. Pemanfaatan Non Ekonomi Perjanjian Bangun Guna Serah	98
3. Hal dan Kewajiban Investor Dalam Perjanjian Bangun Guna Serah (BOT)	100
4. Kontrak konsesi dalam Perjanjian Bangun Guna Serah (BOT)	102

BAB III HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN

A. Hasil Penelitian.....	107
1. Diskripsi Propinsi Bali.....	107
2. Dasar Hukum Perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) Sebagai Alternatif Kerjasama Investasi.....	134
3. Pemanfaatan Perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) Di Bali	138
4. Akibat Hukum Perjanjian Bangun Guna Serah Sebagai Alternatif Investasi	169

B. Pembahasan Hasil Penelitian.....	179
1. Dasar Hukum Perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) Sebagai Alternatif Kerja Sama Investasi Di Bali.....	179
2. Pemanfaatan Perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) Sebagai Alternatif Investasi Di Bali.....	196
3. Pembahasan Terhadap Akibat Hukum Perjanjian Bangun Guna Serah Sebagai Alternatif Kerjasama Investasi.....	245
BAB IV PENUTUP	
A. Kesimpulan	261
B. Saran-saran	265
DAFTAR PUSTAKA	266
LAMPIRAN	

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Indonesia sangat potensial dari segi sumber daya alam, namun tidak didukung oleh sumber daya manusia, teknologi dan modal. Oleh karena itu dalam rangka mengolah sumber daya alam menjadi sumber daya ekonomi riil belum dapat dilaksanakan sendiri. Untuk itu pemerintah berusaha memacu pertumbuhan dan pemerataan pembangunan ekonomi dengan meningkatkan peran serta aktif masyarakat dalam kegiatan ekonomi dengan memperluas kesempatan berusaha yang dapat membuka lapangan kerja. Peran serta masyarakat yang diharapkan oleh pemerintah adalah dalam bentuk penanaman modal, baik Penanaman Modal Dalam Negeri (PMDN) maupun Penanaman Modal Asing (PMA).

Pembangunan di Indonesia dilaksanakan bersama oleh rakyat dan pemerintah. Masyarakat sebagai pelaku utama pembangunan dan pemerintah berkewajiban untuk mengarahkan, membimbing serta, menciptakan suasana yang menunjang. Dengan demikian tentunya timbul tantangan-tantangan yang harus di hadapi oleh rakyat dan pemerintah yaitu bagaimana memperbesar valuta asing, baik untuk keperluan pengembalian pinjaman maupun untuk melanjutkan pembangunan, bagaimana produksi dapat ditingkatkan, bagaimana pendapatan perkapita dapat ditingkatkan, bagaimana kesempatan kerja dapat diperluas.

Perkembangan perekonomian di Indonesia dirasakan semakin menunjukkan kemajuan, ditandai dengan semakin meningkatnya kerjasama di bidang ekonomi antara pemerintah dengan para pengusaha nasional Indonesia ataupun dengan Badan Usaha Milik Negara (BUMN) sendiri maupun dengan para mitra usahanya di luar negeri. Dengan kemajuan perekonomian dan tempat usaha atau bidang-bidang yang strategis beserta prasarananya diperlukan untuk dibangun guna menunjang kemajuan perekonomian dan berkembangnya usaha di Indonesia.

Problematis yang dihadapi Indonesia saat ini adalah : tidak seimbangnya jumlah angkatan kerja yang produktif dengan kebutuhan tenaga kerja, kurangnya devisa untuk mengadakan perdagangan dengan luar negeri, kurangnya devisa untuk mengadakan sarana dan prasarana di dalam negeri. Problematis yang satu terkait dengan yang lain. Dengan membangun diperlukan modal dan tenaga kerja, dengan membangun dapat mengurangi timpangnya angkatan kerja dan dapat mengekspor barang yang dapat menghasilkan devisa bagi negara.

Dalam kenyataannya usaha-usaha swasta memang telah membuktikan perannya dalam mendorong dan menghasilkan ekonomi meskipun dalam perodesasi. Swasta juga paling besar peranannya dalam menurunkan tingkat pertumbuhan ekonomi. Dalam pada itu, swasta dapat pula mengemban pemerataan dengan memperluas lapangan kerja, melakukan pilihan teknologi yang tepat guna dan padat karya, memperluas keterkaitan kegiatan usaha dan menumbuhkan sinergi, dan dengan kemampuan pertumbuhannya dapat lebih

mampu membiayai proses demokratisasi. Meskipun menurut paham demokrasi ekonomi di Indonesia sebenarnya, yang menyangkut hajat hidup orang banyak tidak boleh berada di tangan swasta.

Di dalam melaksanakan kegiatan usaha, ternyata dapat dilakukan dengan berbagai macam cara. Ada yang melakukannya dengan bekerjasama dengan pihak domestik, dan ada pula yang melakukannya dengan pihak asing serta kerjasama untuk kepentingan pribadi maupun untuk kepentingan perusahaan.

Hubungan-hubungan usaha demikian dilakukan karena dilandasi oleh kepentingan dan tujuan-tujuan yang berbeda-beda. Secara pasti, tujuan dilakukannya kerjasama usaha tidak lain dimaksudkan untuk saling mencari keuntungan satu sama lain. Selain itu ada tujuan lain yang tidak kalah penting adalah untuk mengatasi masalah permodalan.

Lembaga Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer*) selanjutnya disingkat dengan "BOT", masih sebagai bentuk kerjasama investasi nampaknya masih jarang dikenal oleh masyarakat luas. Namun dalam praktek usaha sehari-hari bentuk kerjasama ini sudah mulai berjalan dan menjadi perhatian.

Sekilas tampak hubungan kerjasama Bangun Guna Serah ini akan membawa keuntungan bagi kedua belah pihak. Di satu pihak pemegang hak atas tanah tidak mempunyai modal untuk membangun di atas tanah tersebut. Sedangkan investor mempunyai dana dan berkepentingan untuk tempat usaha.

Namun tidak memiliki tanah untuk dibangun. Dengan demikian lembaga ini membawa kepentingan yang sama bagi kedua belah pihak.

Tempat beserta prasarananya sebagai sarana untuk menjalankan usaha dan bidang-bidang tertentu yang diperlukan merupakan faktor yang sangat menentukan lancarnya usaha, biasanya terletak di daerah-daerah strategis. Sehingga tidak mengherankan apabila di daerah-daerah strategis tersebut menjadi semakin terbatas, langka dan akibatnya meningkatkan harganya, jauh lebih mahal jika dibandingkan dengan lahan-lahan di tempat lain, dan membawa konsekwensi pada diperlukan dana yang lebih banyak untuk membangun usaha.

Kegiatan investasi di Indonesia selain banyak berpusat di Pulau Jawa terutama untuk bidang-bidang industri, juga banyak kegiatan ini dilakukan di Pulau Bali. Pulau Bali yang dikenal dengan sebutan Pulau Dewata ini sebagaimana diketahui terkenal sebagai daerah tujuan wisata, yang karenanya sangat memerlukan sarana dan prasarana jasa seperti perhotelan beserta sarana penunjang perhotelan.

Ada beberapa kondisi obyektif yang menyulitkan dalam pemerataan dan pengembangan pembangunan bidang ekonomi di Bali.

1. Krisis ekonomi nasional yang berkepanjangan sehingga pemerintah sulit mendapatkan dana untuk membiayai pembangunan infrastruktur.
2. Stabilitas dan kepastian hukum, kurang mendukung iklim investasi.
3. Keterbatasan lahan yang ada di daerah Bali, kebutuhan akan pembiayaan yang kian meningkat.

Ada beberapa alasan pokok yang mendorong kerjasama investasi baik untuk pemerintah dengan swasta maupun antara swasta dengan swasta di bidang pariwisata alasan-alasan sebagai berikut :

1. Anggaran keuangan pemerintah yang tidak memenuhi kebutuhan permintaan pembangunan infrastruktur.
2. Keterbatasan lahan-lahan strategis yang dibutuhkan untuk pengembangan bidang pariwisata.
3. Kemampuan sektor swasta dalam teknologi, dana dan efisiensi manajemen yang meningkat sangat pesat.
4. Meningkatnya akses sektor swasta terhadap segi-segi pembiayaan dari luar telah memungkinkan sektor swasta berpartisipasi dalam pembangunan.
5. Perkembangan model hukum perjanjian dalam menunjang pembangunan dan perkembangan perekonomian.
6. Mengurangi penguasaan/kepemilikan tanah oleh orang luar Bali maupun orang asing yang memungkinkan tergesernya penduduk asli Bali, yang pada dasarnya memiliki potensi budaya sebagai obyek pariwisata Bali.

"Daya" dukung potensi daerah dan sumber alam untuk pembangunan industri berat sangat kecil sekali. Meskipun demikian di sisi lain memiliki kebudayaan daerah yang cukup terkenal yaitu Pura-pura yang tersebar di seluruh Kabupaten keindahan alam dan adat istiadat yang selalu dijaga kelestariannya, yang merupakan potensi pembangunan, khususnya untuk pembangunan dalam bidang pariwisata.

Mengacu pada daya dukung potensi yang dimiliki daerah Bali tersebut, banyak investor yang menanamkan modalnya untuk menunjang kegiatan pariwisata. Kondisi demikian mengakibatkan kebutuhan akan sarana dan prasarana penunjang pariwisata juga meningkat termasuk di dalamnya, meningkatnya kebutuhan akan lahan untuk tempat usaha.

Daerah Bali mempunyai luas wilayah 5.632,86 kilo meter persegi merupakan wilayah yang relatif kecil jika dibandingkan dengan luas propinsi lainnya, dimana terdapat 8 Kabupaten dan satu Kotamadya. Pariwisata yang merupakan andalan daerah Bali akomodasinya lebih banyak terkonsentrasi di Kabupaten Badung dan Kotamadya Denpasar, akibatnya perekonomian masyarakat di kedua wilayah ini jauh lebih maju dibandingkan dengan Kabupaten lain di Bali.

Lebih lanjut dengan meningkatnya investasi di bidang pariwisata berimplikasi terhadap kebutuhan akan sarana dan prasarana serta kebutuhan akan tempat berusaha ikut meningkat. Akibat terbatasnya lahan yang ada sebagai obyek investasi kiranya model kerja sama investasi mutlak dibutuhkan ditambah lagi dengan fenomena-fenomena ekonomi, sosial dan budaya yang sarat dengan pertentangan, maka relevan untuk ditelaah lebih jauh mengenai perjanjian Bangun Guna Serah sebagai alternatif kerja sama investasi bidang pariwisata di Bali.

B. Perumusan Masalah

Berdasarkan uraian tersebut di atas, dengan mengingat bahwa investasi di butuhkan untuk pembangunan sarana dan prasarana pariwisata dalam kondisi keterbatasan yang ada maka dapat dikemukakan permasalahan sebagai berikut :

1. Apakah dasar hukum dalam perjanjian Bangun Guna Serah sebagai alternatif kerjasama investasi di bidang pariwisata Bali ?
2. Bagaimanakah pemanfaatan perjanjian Bangun Guna Serah terhadap pengembangan bidang pariwisata di Bali.
3. Bagaimanakah akibat hukum dari perjanjian Bangun Guna Serah dalam rangka kerjasama investasi bidang pariwisata di Bali.

C. Tujuan Penelitian

Secara umum tujuan dari penelitian ini dimaksudkan untuk memberikan gambaran tentang pelaksanaan Bangun Guna Serah sebagai alternatif investasi bidang pariwisata di Bali. Secara khusus penelitian ini dimaksudkan untuk :

1. Meneliti dasar hukum yang dipergunakan dalam perjanjian Bangun Guna Serah sebagai alternatif kerjasama investasi bidang pariwisata di Bali.
2. Mengkaji dan menjelaskan pemanfaatan perjanjian Bangun Guna Serah terhadap pengembangan pariwisata di Bali.
3. Mengkaji dan menjelaskan akibat hukum dari perjanjian Bangun Guna Serah dalam rangka kerjasama investasi bidang pariwisata di Bali.

D. Kontribusi Penelitian

Sehubungan dengan tujuan tersebut di atas, maka penelitian ini diharapkan dapat memberikan kontribusi dari segi teoritis dan segi praktis.

1. Kontribusi Teoritis

Hasil penelitian ini diharapkan akan dapat dijadikan sumbangan pemikiran bagi pengembangan substansi disiplin bidang ilmu hukum khususnya bidang hukum ekonomi yang berkaitan dengan perjanjian Bangun Guna Serah.

2. Kontribusi Praktis.

- a. Hasil penelitian ini diharapkan dapat memberikan sumbangan penelitian bagi pembuat Undang-undang atau peraturan yang berkaitan dengan perjanjian Bangun Guna Serah.
- b. Menjadi dasar dan bahan penelitian hukum investasi lebih lanjut.
- c. Menambah bahan kepustakaan bidang hukum ekonomi khususnya hukum perjanjian
- d. Bermanfaat bagi investor dan pemegang hak atas tanah untuk lebih memahami hal-hal yang harus dipahami sebelum mengadakan perjanjian Bangun Guna Serah.
- e. Dapat diciptakan suatu model pengaturan investasi dan pengelolaan hak atas tanah yang dapat memberikan perlindungan hukum bagi para pihak.

E. Kerangka Konseptual

Dalam penelitian ini kerangka pemikiran disusun dengan menggunakan metode klasifikasi yaitu dengan memilih ruang lingkup teori dan mengumpulkan istilah-istilah pokok yang disusun secara sistematis.

Untuk mengurangi perbedaan pengertian tentang masalah-masalah yang dikemukakan, dicoba disusun serangkaian pengertian dari beberapa konsep yang digunakan dalam penelitian ini sebagai berikut:

1. Perjanjian Pada Umumnya

Perjanjian menurut pasal 1313 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (disingkat dengan KUH Perdata) adalah ; suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih ¹⁾.

Menurut Abdul Kadir Muhamad, perjanjian adalah suatu persetujuan dengan mana dua orang atau lebih saling mengikatkan diri untuk melaksanakan suatu hal dalam lapangan harta kekayaan²⁾.

Dengan memperhatikan perumusan perjanjian tersebut di atas, maka unsur-unsur perjanjian adalah :³⁾

- a. Ada pihak-pihak sedikit-sedikitnya dua orang;
- b. Ada persetujuan antara pihak-pihak itu;
- c. Ada tujuan yang akan dicapai;
- d. Ada prestasi yang akan dilaksanakan;

¹⁾ Subekti R. & Tjitrosudibio R., *Kitab Undang-undang Hukum Perdata*, Edisi Revisi, Pradnya Paramita, Jakarta, 1999, hal. 338

²⁾ Abdul Kadir Muhamad, *Hukum Perikatan*, Rineka, Bandung, 1992, hal. 10

³⁾ Ibid, hal. 77

- e. Ada bentuk tertentu, lisan atau tulisan;
- f. Ada syarat-syarat tertentu sebagai isi perjanjian.

Perjanjian yang sah adalah perjanjian yang memenuhi syarat yang telah ditentukan oleh Undang-undang sehingga perjanjian diakui oleh hukum (legally concluded contract). Menurut ketentuan pasal 1320 KUH Perdata, syarat-syarat sahnya perjanjian adalah :⁴⁾

- a. Sepakat mereka yang mengikatkan dirinya;
- b. Kecakapan untuk membuat suatu perikatan;
- c. Suatu hal tertentu;
- d. Suatu sebab yang halal.

Menurut R. Setiawan rumusan perjanjian itu adalah suatu perbuatan hukum, dimana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya atau saling mengikatkan dirinya terhadap satu orang atau lebih.

Subekti mengartikan perjanjian sebagai : suatu peristiwa dimana seorang berjanji kepada orang lain atau dimana dua orang itu saling berjanji untuk melaksanakan suatu hal.⁵⁾

Menurut William Wiebe, Mengemukakan arti perjanjian sebagai berikut :⁶⁾

A Contract is an agreement, freely entered into by two or more people or legal entities, which affects their rights and obligations and which the government will recognize and enforce thorough the legal system.

⁴⁾ Subekti R. dan TjitroSudibio R., *Op.Cit*, hal. 334

⁵⁾ Subekti R., *Hukum Perjanjian*, PT. Internusa, Jakarta, 1983 hal. 1 (Selanjutnya disebut Subekti R.I)

⁶⁾ William Wiebe, *Indonesia & International Contract Law, Seminar Series, Center for Commercial Law & Economics*, Bali, June 2000

(Sebuah kontrak adalah suatu perjanjian yang dibuat secara bebas oleh dua orang atau lebih atau oleh perusahaan-perusahaan berbadan hukum yang resmi, yang berpengaruh terhadap hak-hak dan kewajiban mereka yang akan diakui oleh pemerintah dan ditegakkan berdasarkan sistem hukum).

Dengan demikian perjanjian adalah hubungan hukum yang oleh hukum itu sendiri diatur dan disahkan cara perhubungannya. Tindakan / perbuatan hukum yang dilakukan oleh pihak-pihak yang menimbulkan hubungan hukum perjanjian, sehingga terhadap satu pihak diberi hak oleh pihak yang lain untuk memperoleh prestasi sedangkan pihak yang lain itupun menyediakan diri dibebani dengan "kewajiban" untuk menunaikan prestasi.⁷⁾

Prestasi adalah obyek dari perjanjian, tanpa prestasi hubungan hukum yang dilakukan berdasarkan tindakan hukum sama sekali tidak mempunyai arti bagi hukum perjanjian. Pada umumnya hak yang lahir dari perjanjian itu bersifat hak relatif, artinya hak atas prestasi baru ada pada "*Persoon*" tertentu jika hal itu didasarkan pada hubungan hukum yang lahir atas perbuatan hukum. Jadi hubungan hukum dalam perjanjian hanya berkekuatan hukum antara orang-orang yang telah mengikatkan diri.

Lebih lanjut Wirjono Prajodikoro memberikan pengertian perjanjian adalah :

Sebagai suatu perhubungan hukum mengenai harta benda antara kedua belah pihak, dalam mana suatu pihak berjanji atau dianggap berjanji untuk

⁷⁾ Ibid

melakukan sesuatu hal, sedangkan pihak lain berhak untuk menuntut pelaksanaan janji itu.⁸⁾

Janji yang terdiri dari kelompok janji abstrak dan kelompok janji konkrit adalah sebuah nilai yang relatif dimana ikatan sebagai eksponen penghubung bergerak kepada pemenuhan janji sebagai perbuatan penyempurnaan nilai. Semakin banyak dan dalam janji memasuki wadah hukum, semakin kuat penghormatan terhadap nilai dari citra luhurnya dan semakin tinggi pula martabat manusiawi yang diakui.⁹⁾

2. Kerjasama Investasi

Investasi seringkali dipergunakan dalam artian yang berbeda-beda. Perbedaan penggunaan istilah investasi terletak pada cakupan dari makna yang dimaksud.

Dalam dunia usaha / perdagangan pada umumnya lazim kita jumpai berbagai bentuk kerjasama diantara para pengusaha yang mempunyai tujuan yang sama. Kerjasama disini adalah kerjasama yang mencakup berbagai bidang dan segi, misalnya kerjasama untuk bidang keuangan, keahlian (know how); tenaga kerja dan sebagainya kerjasama disini haruslah merupakan suatu kerjasama yang sifatnya terus menerus, untuk kepentingan tercapainya suatu tujuan tertentu yaitu untuk mendapatkan keuntungan ekonomis / kebendaan¹⁰⁾.

⁸⁾ Wirjono Prodjodikoro, *Asas-asas Hukum Perjanjian*, Seminar Bandung, Jakarta, 1983, hal.9

⁹⁾ Munir Fuady, (I), *Hukum Bisnis Dalam Teori dan Praktek*, Buku Kedua, Citra Aditya Bakti, 1996, hal. 264.

¹⁰⁾ Sri Redjeki Hartono (I), *Bentuk-Bentuk Kerjasama Dalam Dunia Niaga*, UNTAG, Semarang, 1995, hal. 7

Menurut Komarudin, memberikan pengertian investasi dalam 3 (tiga) arti yaitu :¹¹⁾

- a. Suatu tindakan untuk membeli saham, obligasi, atau surat penyertaan lainnya ;
- b. Suatu tindakan membeli barang-barang modal;
- c. Pemanfaatan dana yang tersedia untuk produksi dengan pendapatan dimasa yang akan datang.

Investasi merupakan kegiatan menanamkan modal sekarang untuk mendapatkan keuntungan dimasa yang akan datang, yang senantiasa tergantung pada pertimbangan dari segi manajerial. Lebih lanjut untuk melakukan investasi dalam jangka waktu panjang harus pula dipertimbangkan masalah ; waktu, segi yuridis dan ekonomis. Sehingga aspek makro dan aspek mikro dalam kegiatan investasi adalah aspek publik, dimana didalamnya ada campur tangan pemerintah dalam kegiatan investasi sebagai aspek makro dan aspek mikro merupakan hubungan hukum para pihak yang dipertemukan dalam satu posisi yang berhadapan antara investor dengan penerima investasi¹²⁾.

Menurut Sumantoro, Investasi adalah kegiatan menanam modal baik langsung maupun tidak langsung dengan harapan pada waktunya

¹¹⁾ Pandji Anoraga, (I), *Perusahaan Multinasional Penanaman Modal Asing*, Pustaka Jaya, Jakarta, 1995, hal. 47

¹²⁾ Sri Redjeki Hartono (IV), *Hukum Investasi*, Magister Ilmu Hukum, UNDIP, Semarang, 2002

nanti pemilik modal mendapatkan sejumlah keuntungan dari hasil penanaman modal tersebut.¹³⁾

Setiap kehidupan ekonomi termasuk didalamnya kegiatan penanaman modal tidak terlepas dari kemungkinan adanya resiko, untuk menghindari resiko-resiko tersebut diperlukan suatu kecakapan dalam berusaha, pengalaman dan kejelian untuk melakukan tindakan dengan cermat dan tepat, sehingga terhindar dari resiko usaha untuk bidang tertentu, akan tetapi justru dapat memperoleh kesempatan pengembangan dan berhasil dalam bidang tertentu yang lain.

Untuk meminimalisasi kemungkinan resiko dan karena luasnya ruang lingkup bidang investasi, investor mempunyai banyak pilihan dalam melakukan investasi ¹⁴⁾ yaitu diantaranya:

- a. Menyimpan uangnya atau membeli emas untuk disimpan;
- b. Membeli tanah;
- c. Meminjamkan uang kepada pihak lain atau investasi valuta asing;
- d. Menabung di bank;
- e. Investasi di pasar modal dengan membeli saham, obligasi atau surat berharga pasar modal yang lain;
- f. Melakukan investasi secara langsung pada bidang usaha tertentu

Menurut Kamus Hukum Ekonomi Elips, Investasi adalah:
Penanaman modal yang biasanya dilakukan untuk jangka waktu yang

¹³⁾ Sumantoro, (II), *Pengantar Tentang Pasar Modal di Indonesia*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1990, hal. 15

¹⁴⁾ Ibid, hal. 16

panjang misalnya berupa pengadaan aktiva tetap perusahaan atau dengan membeli sekuritas dengan maksud memperoleh keuntungan¹⁵⁾

Sebagaimana diketahui bahwa masalah ekonomi adalah masalah meningkatkan kemakmuran rakyat dengan menambah produksi barang dan jasa untuk selanjutnya mengusahakan pembagian hasil produksi tersebut dengan adil dan merata. Dengan kata lain dapat dijelaskan bahwa peningkatan produksi dapat tercapai antara lain melalui penambahan modal baik dari dalam negeri maupun dari luar negeri / asing, penggunaan teknologi, penambahan pengetahuan, peningkatan keterampilan, penambahan kemampuan berorganisasi dan manajemen, sehingga disinilah pentingnya peranan penanaman modal.¹⁶⁾

Menurut W. Arthur Lewis, ada tiga faktor yang dapat menyelamatkan perbaikan ekonomi suatu negara dengan memanfaatkan penanaman modal investasi yaitu :¹⁷⁾

1. Jika suatu pemerintah hendak melaksanakan satu program penanaman modal yang besar tanpa memotong konsumsi, satu-satunya jalan ialah mengadakan pinjaman dari luar negeri asalkan kapital tidak diboroskan dan syarat-syarat pinjaman itu tidak mencelakakan;
2. Bahwa persediaan bahan-bahan mentah, tenaga kerja yang maju atau siap dimajukan dan barang-barang dagangan antar negara yang sudah

¹⁵⁾ Elips, Kamus Hukum Ekonomi, Edisi Pertama, Proyek Elips, Jakarta, 1997, hal. 91.

¹⁶⁾ Haloman Pandjaitan, Naskah Akademis Peraturan Perundang-undangan Penanaman Modal Asing, BPHN, 1995/1996, hal. 7

¹⁷⁾ G. Karta Sapoetra, et.al., Manajemen Penanaman Modal Asing, Bina Aksara, 1995, hal. 59.

berjalan, adalah sama pentingnya sebagai satu bagian penanaman modal, sebagai satu kapital tertentu. Suatu penanaman modal besar berupa persediaan barang adalah satu syarat pertama yang diperlukan supaya produktivitas dapat setinggi mungkin;

3. Bahwa perencanaan investasi itu adalah suatu perencanaan modal yang perencanaannya sudah seharusnya tidak boleh melewati batas-batas kekayaan alam yang ada, yang tidak kurang pentingnya dari sumber-sumber keuangan.

Inovasi kerjasama investasi mampu memadukan berbagai kepentingan yang berbeda-beda menjadi kooperatif. Sasaran sosial yang diinginkan pemerintah dan motif keuntungan sektor swasta dalam berusaha dapat dipadukan juga dengan kepentingan masyarakat secara luas. Pada tahap pengembangan sistem yang menguntungkan semua pihak tersebut, kepentingan yang berbeda-beda tersebut, melalui proses negosiasi sebelum dituangkan dalam bentuk formal berupa kontrak.

Roscoe Pound mengemukakan bahwa aturan-aturan hukum baik yang terdapat di dalam peraturan perundang-undangan maupun yang tercermin dalam kontrak para pihak merupakan konsekwensi hukum dari setiap perbuatan dan peristiwa tertentu dan nyata.¹⁸⁾

¹⁸⁾ Dalam Deno Kamelus, (II), "Kerjasama Pemerintah dan Swasta dalam Rangka Pengelolaan Air Bersih di Kota Denpasar", Makalah Seminar Training of Legal Researchers, CCLE, Bali, 1999.

Perubahan obyektif yang membantu penyesuaian atau adaptasi dari sistem dan perubahan tersebut merupakan konsekwensi yang disadari para pihak yang terlibat dalam sistem tersebut.

Kontrak pada dasarnya telah mengalami perubahan dalam arti para pihak bisa saja secara langsung melakukan identifikasi dan merumuskan secara eksplisit mengenai berbagai hal yang mengarah kepada perubahan suatu pola hubungan dari bentuk hubungan yang berdasarkan status ke suatu bentuk hubungan yang sifatnya kontraktual. Dalam pola hubungan yang berdasarkan status, salah satu pihak mempunyai kedudukan yang relatif lebih kuat dari pada yang lain. Kuatnya kedudukan tersebut dapat disebabkan berbagai hal seperti, keunggulan menguasai teknologi, permodalan, net work, kekuasaan dan lain sebagainya. Konsekwensi apapun yang akan terjadi sebagai akibat dari adanya suatu kontrak, muaranya tetap sama yaitu jaminan dan perlindungan kepentingan semua pihak yang berakibat dalam kontrak tersebut, baik secara langsung maupun secara tidak langsung.

Masyarakat pada semua tingkatan, mempunyai potensi untuk menemukan mekanisme untuk mengubah kepentingan yang berbeda tadi menjadi suatu kerjasama yang saling menguntungkan. Mekanisme kerjasama tersebut dapat melakukan respons terhadap berbagai persoalan konflik kepentingan yang terjadi diantara mereka, mengubah hubungan sifatnya saling

berlawanan menjadi kooperatif sesuatu yang destruktif menjadi konstruktif.¹⁹⁾

3. Perjanjian Bangun Guna Serah (Build Operate and Transfer)

Dalam rangka mengembangkan dan memantapkan iklim investasi di Indonesia, ada beberapa kendala yang saat ini masih dirasakan oleh para investor, diantaranya ; masalah infrastruktur yang kurang memadai, insentif yang kurang bersaing, masalah stabilitas dan masalah kepastian dan pelaksanaan hukum²⁰⁾.

Masalah kepastian hukum ini merupakan masalah yang unik, karena masalah kepastian hukum tidak bisa dipisahkan dari masalah keadilan dan tujuan yang hendak dicapai.

Diadakannya pengaturan adalah dimaksudkan untuk memberikan informasi tentang aturan main dan hal-hal atau kondisi-kondisi yang dipenuhi atau tidak boleh dilakukan oleh pelaku bisnis, lembaga-lembaga penunjang dan aparat pemerintah terkait, agar mereka mendapat gambaran yang jelas dan benar tentang aturan main yang harus dipenuhi atau kondisi-kondisi yang harus dipenuhi serta kondisi-kondisi yang justru tidak boleh untuk dilakukan.

Ketidakpastian hukum akan muncul apabila :

- a. Suatu pengaturan tidak mengatur dengan jelas akan hal-hal tersebut;
- b. Pengaturan dapat menimbulkan interpretasi yang beragam;
- c. Pengaturan belum mempunyai peraturan pelaksanaan lebih lanjut;

¹⁹⁾ Ibid.

²⁰⁾ Felix D. Soebagyo, *Deregulasi Kepastian Hukum dan Usaha Memantapkan Iklim Investasi*, Jurnal : Hukum dan Pembangunan No. 5/th. XX, Oktober, 1990.

- d. Peraturan pelaksanaan tidak sesuai dengan atau bahkan bertentangan dengan peraturan lebih tinggi yang mendasarinya;
- e. Suatu peraturan bertentangan dengan peraturan yang sebelumnya sudah ada, dan yang lama belum dicabut;
- f. Suatu peraturan bertentangan dengan peraturan (yang mencakup hal yang sama) yang dikeluarkan oleh instansi / departemen teknis lainnya;
- g. Suatu peraturan tidak dilaksanakan sebagaimana selarusnya (termasuk di dalamnya adanya kebijaksanaan yang tidak sesuai dengan peraturan tertulis);
- h. Para pihak terkait tidak dapat melaksanakan apa yang menjadi hak dan kewajibannya sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku²¹⁾.

Menurut Keputusan Menteri Keuangan No. 248/KMK.04/1995 tanggal 2 Juni 1995, disebutkan bahwa yang dimaksud dengan Bangun Guna Serah adalah suatu bentuk perjanjian kerjasama yang dilakukan antara pemegang hak atas tanah dengan investor, yang menyatakan bahwa pemegang hak atas tanah memberikan hak kepada investor untuk mendirikan bangunan selama masa perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) dan mengalihkan kepemilikan bangunan tersebut kepada pemegang hak atas tanah setelah masa Bangun Guna Serah (konsesi) berakhir.

Kerjasama investasi melalui kontrak Bangun Guna Serah (BOT) merupakan metode pembiayaan investasi yang banyak diaplikasikan dalam konstruksi atau pembangunan infrastruktur, dan sebagai salah satu bentuk kerjasama sektor pemerintah-swasta maupun swasta-swasta yang banyak dipraktekkan di kawasan Asia-Pasifik termasuk Indonesia.

²¹⁾ Ibid.

Konsep kerjasama investasi dengan BOT mempersyaratkan sektor swasta untuk berperan sebagai penyandang dana, membuat design, membangun, mengoperasikan dan mengelola suatu fasilitas/proyek serta kemudian menyerahkan proyek tersebut kepada pemerintah/sector pemerintah dengan tanpa beban biaya apapun setelah masa konsesi yang disepakati berakhir. Selama masa konsesi sektor swasta tersebut diperkenankan untuk memungut penerimaan secara langsung dari proyek tersebut.

Menurut Clifford W Garstang, *Build Operate and Transfer (BOT) is a variety of type of project financing known as contractor provided financing. In the standard contractor provided financing. A project entity may request proposals for construction of a project pursuant to which the contractor will not only provided the materials and services needed to complete the project but will also provide or at least arrange the necessary financing. In the Build Operate and Transfer (BOT) variety the contract for provided financing, the contractor will also need to operate the project and use its cash flows to repay the debt it has incurred.*²²⁾

Dengan demikian pada dasarnya BOT adalah salah satu bentuk pembiayaan proyek yang mana kontraktor harus menyediakan sendiri pendanaan untuk proyek tersebut, juga kontraktor menanggung pengadaan untuk proyek tersebut, peralatan dan sebagai gantinya kontraktor diberi hak untuk mengoperasikan dan mengambil manfaat ekonominya sebagai ganti atas semua biaya yang telah dikeluarkan untuk selama waktu tertentu.

²²⁾ Dalam Budi Santoso, "Mambersdayakan Sektor Swasta Dalam Pembiayaan Proyek dengan Sistem BOT (*Build Operate and Transfer*). Masalah-masalah Hukum, Majalah Ilmiah FH UNDIP, Edisi III/Jul - September 1998"

Dalam rangka pembuatan perjanjian Bangun Guna Serah, perjanjian dasar merupakan sumber utama kelangsungan kerjasama tersebut. Oleh Karena itu perlu diperhatikan bahwa menurut hukum perdata Indonesia, perjanjian di Indonesia sebagian besar didasarkan atas prinsip-prinsip yaitu : prinsip kata sepakat para pihak (asas konsensualisme); prinsip kebebasan berkontrak (*Freedom of Contract*); prinsip bahwa setiap perjanjian yang dibuat secara sah mengikat sebagai Undang-undang bagi para pihak yang mengadakan perjanjian tersebut; prinsip / asas persamaan hukum; asas keseimbangan dan asas kepastian hukum.²³⁾

Oleh karena perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) adalah didasarkan atas asas kebebasan berkontrak (*freedom of contract*). Sampai saat ini belum ada pengaturan khusus mengenai BOT. Kecuali mengenai penguasaan tanah dan bangunan serta pengelolaannya.

Secara umum perumusan hak pengelolaan atas tanah dapat dilihat dalam PP No. 4 tahun 1996 tentang Hak Guna Usaha, Hak Guna Bangunan dan Hak pakai atas tanah. Yaitu : hak menguasai dari negara yang kewenangan pelaksanaannya sebagian dilimpahkan kepada pemegangnya. Jadi pemegang hak pengelolaan dalam praktek dapat memberikan tanah dengan status HGB kepada para pemilik dari pada

²³⁾ Mariam Darus Badruzaman, dkk., (II), *Kompilasi Hukum Perikatan*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001, hal. 82.

bangunan-bangunan baru di atasnya. Selain itu dapat diletakkan HGB ini atas negara, juga dapat diletakkan atas tanah Hak Milik dari perorangan.²⁴⁾

Pasal 19 PP No. 40 tahun 1996, menyebutkan bahwa yang dapat menjadi pemegang Hak Guna Bangunan adalah :

- a. Warga negara Indonesia
- b. Badan Hukum yang didirikan menurut hukum Indonesia dan berkedudukan di Indonesia.

Tanah yang dapat diberikan dengan Hak Guna Bangunan adalah :

- a. Tanah Negara
- b. Tanah Hak Pengelolaan
- c. Tanah Hak Milik

F. Metode Penelitian

1. Spesifikasi Penelitian

Penelitian ini adalah bersifat deskriptif analitis, karena secara spesifik bertujuan untuk memberikan gambaran mengenai dasar hukum dan pemanfaatan perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) dalam perkembangannya, kewenangan para pihak dalam perjanjian tersebut serta akibat hukum dari adanya perjanjian Bangun Guna Serah dalam rangka kerjasama investasi.

²⁴⁾ Sudargo Gautama dan Eliyda I. Soetiyanto. Komentari Atas Peraturan-peraturan Pelaksanaan UUPA 1996, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1997, hal. 19.

2. Metode Pendekatan

Penelitian ini menggunakan pendekatan yuridis-empirik pendekatan yuridis dilakukan terhadap ketentuan-ketentuan yang berkaitan dengan perjanjian Bangun Guna Serah sebagai bahan utama untuk mengungkap permasalahan yang diteliti sedangkan pendekatan empirik digunakan, karena melihat hukum itu tidak semata-mata sebagai suatu perangkat aturan perundang-undangan yang bersifat normatif belaka, akan tetapi hukum dilihat sebagai perilaku masyarakat yang menggejala dan mempola dalam kehidupan masyarakat, selalu berinteraksi dan berhubungan dengan aspek kemasyarakatan seperti ; politik, ekonomi, sosial dan budaya.

3. Lokasi Penelitian

Lokasi penelitian ditentukan yaitu di Kotamadya Denpasar dan Kabupaten Badung Propinsi Bali. Pemilihan wilayah ini didasarkan atas pertimbangan bahwa di kedua daerah tersebut berpusat dan paling banyak kegiatan pariwisata dan investasi di Bali.

4. Jenis dan Sumber Data

a. Jenis Data.

Data yang dipergunakan dalam penelitian ini adalah jenis data primer dan data sekunder.

b. Sumber Data

Data primer yang dipergunakan bersumber atau diperoleh dari penelitian di lapangan yaitu : dari para pihak dalam perjanjian Bangun Guna Serah (BOT), seperti : Pemerintah Daerah, Swasta yang dalam hal ini investor perorangan maupun Badan Usaha; Notaris / PPAT. Sedangkan data sekunder adalah berupa data yang bersumber / diperoleh dari penelitian kepustakaan yang bahan hukumnya berasal dari bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder.

Bahan hukum primer merupakan bahan pustaka yang berisikan pengetahuan ilmiah yang baru dan mutakhir, ataupun pengertian baru tentang fakta-fakta yang diketahui mengenai suatu gagasan / ide.

Bahan hukum primer meliputi : KUH Perdata, UU No. 1 Tahun 1967 tentang PMA, UU No. 11 Tahun 1970 tentang Perubahan dan Tambahan UU No. 1 tahun 1967 tentang PMA; UU No. 1 tahun 1968 tentang PMDN, peraturan perundang-undangan di bidang pertanahan, dan perpajakan yang berkaitan dengan masalah perjanjian Bangun Guna Serah (BOT).

Bahan hukum sekunder sebagai penjelasan mengenai bahan-bahan hukum primer yaitu terdiri dari literatur-literatur, hasil-hasil penelitian, karya ilmiah dan disertasi yang berhubungan dengan perjanjian bangun guna serah dan kerjasama investasi.

Bahan hukum tertier yang terdiri dari kamus hukum, kamus hukum ekonomi, kamus Bahasa Indonesia dan Kamus bahasa Belanda, dan berbagai majalah atau jurnal ilmiah, surat kabar yang dapat memberi petunjuk maupun penjelasan terhadap bahan hukum primer dan sekunder serta dapat mendukung dan melengkapi buku-buku yang diperoleh yang berkaitan dengan perjanjian bangun guna sewa dan kerjasama investasi.

Adapun bahan-bahan hukum sekunder yang erat hubungannya dan dapat membantu menganalisis antara lain :

- Kepustakaan/buku-buku hasil karya para pakar dan sarjana yang menguraikan tentang : Investasi, pembiayaan, perjanjian kerjasama.
- Makalah-makalah seminar tentang investasi, perjanjian kerjasama dan pembiayaan.
- Naskah tulisan di media massa / majalah ilmiah hukum, arsip, data-data investasi yang dipublikasikan.
- Hasil-hasil penelitian.

5. Teknik Pengumpulan Data

Dalam pengumpulan data, teknik yang dipergunakan dalam penelitian ini adalah :

- a. Wawancara terstruktur.
- b. Wawancara tak terstruktur.
- c. Studi kepustakaan.

Wawancara terstruktur digunakan untuk memperoleh data mengenai karakteristik umum perjanjian Bangun Guna Serah (BGS) untuk mengungkapkan ; motivasi, maksud atau penjelasan dari responden secara lebih mendalam dengan menggunakan alat berupa pedoman wawancara. Adapun responden dalam penelitian ini adalah ; para pihak dalam perjanjian Bangun Guna Serah, Pemerintah Daerah; BPN Bali; Notaris / PPAT.

Lebih lanjut dalam studi kepustakaan / studi dokumen, peneliti melakukan penelitian terhadap berbagai dokumen dan bahan-bahan pustaka yang berkaitan dengan permasalahan yang sedang dibahas dalam penelitian ini, studi dokumen / kepustakaan ini merupakan penelitian terhadap data sekunder.

6. Teknik Pengecekan Keakuratan Data

Dalam mengecek keakuratan dan keandalan data, maka digunakan teknik triangulasi data yakni teknik pemeriksaan keabsahan data yang memanfaatkan sesuatu yang lain di luar data itu untuk keperluan pengecekan atau pembandingan terhadap data itu.

- a. Wawancara terstruktur.
- b. Wawancara tak terstruktur.
- c. Studi kepustakaan.

Wawancara terstruktur digunakan untuk memperoleh data mengenai karakteristik umum perjanjian Bangun Guna Serah (BGS) untuk mengungkapkan ; motivasi, maksud atau penjelasan dari responden secara lebih mendalam dengan menggunakan alat berupa pedoman wawancara. Adapun responden dalam penelitian ini adalah ; para pihak dalam perjanjian Bangun Guna Serah, Pemerintah Daerah; BPN Bali; Notaris / PPAT.

Lebih lanjut dalam studi kepustakaan / studi dokumen, peneliti melakukan penelitian terhadap berbagai dokumen dan bahan-bahan pustaka yang berkaitan dengan permasalahan yang sedang dibahas dalam penelitian ini, studi dokumen / kepustakaan ini merupakan penelitian terhadap data sekunder.

6. Teknik Pengecekan Keakuratan Data

Dalam mengecek keakuratan dan keandalan data, maka digunakan teknik triangulasi data yakni teknik pemeriksaan keabsahan data yang memanfaatkan sesuatu yang lain di luar data itu untuk keperluan pengecekan atau pembandingan terhadap data itu.

Danzin, membedakan ada 4 (empat) macam Triangulasi sebagai teknik pemeriksaan yang memanfaatkan penggunaan sumber, metode, penyidik dan teori. Dalam penelitian ini yang dipergunakan adalah Triangulasi Sumber, yaitu membandingkan dan mengecek balik derajat kepercayaan suatu informan yang diperoleh melalui waktu dan alat yang berbeda.

Hal ini dilakukan dengan jalan yaitu :

- a. Membandingkan dengan data hasil wawancara berstruktur dengan data wawancara tak berstruktur, serta pengamatan selama peneliti terjun ke lapangan.
- b. Membandingkan apa yang dikatakan informan atau responden di depan umum dengan apa yang dikatakan secara pribadi.
- c. Membandingkan keadaan dengan perspektif sosialnya.
- d. Membandingkan hasil wawancara dengan isi suatu dokumen yang berkaitan.

7. Analisis Data

Dari data yang telah berhasil dikumpulkan dalam penelitian ini, baik itu berupa data primer maupun data sekunder dianalisis dengan menggunakan analisis kualitatif.

Pengertian analisis kualitatif di sini dimaksudkan sebagai suatu penjelasan dan penginterpretasian secara logis, sistematis dan konsisten, dimana dilakukan penelaahan data yang lebih rinci dan mendalam.

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Perjanjian dan Perjanjian Sewa Menyewa Pada Umumnya

1. Perjanjian Pada Umumnya

a) Pengertian Perjanjian

Perjanjian dalam KUH Perdata dalam Buku III, yang dalam bahasa Belanda dikenal dengan istilah *Verbinten*, yang diterjemahkan secara berbeda-beda dalam kepustakaan hukum Indonesia. Ada yang menterjemahkan dengan “Perutangan”, “Perjanjian” atau “Perikatan”.²⁵⁾ Istilah perjanjian tersebut dalam kalangan bisnis dan dunia usaha lainnya sering disebut dengan kontrak.

Pengertian tentang perjanjian diatur dalam pasal 1313 KUH Perdata, yang menentukan bahwa :

Suatu perjanjian adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih.

Ketentuan pasal ini sebenarnya kurang begitu memuaskan karena ada beberapa kelemahan.²⁶⁾ Kelemahan-kelemahan tersebut adalah :

²⁵⁾ Syahrani, Ridwan, Seluk Beluk dan Azas-azas Hukum Perdata, Cet. 1., Alumni, Bandung, 1989, Hal. 203.

²⁶⁾ Abdulkadir Muhamad, Hukum Perikatan, Alumni, Bandung, 1990, Hal. 77

1. Hanya menyangkut sepihak saja;
2. Kata perbuatan mencakup juga tanpa konsensus;
3. Pengertian perjanjian terlalu luas;
4. Tanpa menyebut tujuan.

Berdasarkan alasan-alasan tersebut, maka menurut Abdulkadir Muhamad; perjanjian adalah :

Suatu persetujuan dengan mana dua orang atau lebih saling mengikatkan diri untuk melaksanakan suatu hal dalam lapangan harta kekayaan.²⁷⁾

Dengan demikian dari rumusan perjanjian tersebut diatas tersimpul unsur-unsur perjanjian sebagai berikut :

1. Ada pihak-pihak

Pihak-pihak ini disebut subyek perjanjian. Subyek perjanjian ini dapat berupa manusia pribadi dan badan hukum. Subyek perjanjian ini harus mampu atau wenang melakukan perbuatan hukum seperti yang ditetapkan dalam undang-undang.

2. Ada persetujuan antara pihak-pihak

Persetujuan disini bersifat tetap, bukan sedang berunding. Perundingan itu adalah tindakan-tindakan pendahuluan untuk menuju kepada adanya persetujuan. Persetujuan itu ditunjukkan

²⁷⁾ Ibid, hal 78

mempunyai kekuatan mengikat dan kekuatan bukti. Bentuk tertentu itu biasanya berupa akta. Perjanjian itu dapat dibuat secara lisan, artinya dengan kata-kata yang jelas maksud dan tujuannya yang dipahami oleh pihak-pihak, itu sudah cukup, kecuali jika pihak-pihak menghendaki supaya dibuat secara tertulis (akta).

6. Ada syarat-syarat tertentu

Syarat-syarat tertentu ini sebenarnya sebagai isi perjanjian, karena dari syarat-syarat itulah dapat diketahui hak dan kewajiban pihak-pihak. Syarat-syarat ini biasanya terdiri dari syarat pokok yang akan menimbulkan hak dan kewajiban pokok, misalnya mengenai barangnya, harganya dan juga syarat pelengkap atau tambahan, misalnya mengenai cara pembayarannya, cara penyerahannya, dan lain-lain.

Pendapat senada juga diungkapkan oleh para sarjana hukum perdata, pada umumnya yang menganggap definisi perjanjian menurut pasal 1313 KUH Perdata itu tidak lengkap dan terlalu luas.

Sehubungan dengan pengertian yang selain tidak lengkap dan juga sangat luas. R. Setiawan menganggap perlu diadakan perbaikan yaitu mengenai :

1. Perbuatan harus diartikan sebagai perbuatan hukum yaitu perbuatan yang bertujuan untuk menimbulkan akibat hukum;²⁸⁾
2. Menambahkan perkataan atau “saling mengikatkan dirinya” dalam pasal 1313.

Sehingga menurut R. Setiawan rumusan perjanjian itu adalah suatu perbuatan hukum, dimana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya atau saling mengikatkan dirinya terhadap satu orang atau lebih.

Subekti mengartikan perjanjian sebagai : suatu peristiwa dimana seorang berjanji kepada orang lain atau dimana dua orang itu saling berjanji untuk melaksanakan suatu hal.²⁹⁾

Melalui perjanjian terciptalah perikatan atau hubungan hukum yang menimbulkan hak dan kewajiban pada masing-masing pihak yang membuat perjanjian. Dengan kata lain, para pihak terikat untuk mematuhi perjanjian yang telah mereka buat tersebut.

Menurut William Wiebe, Mengemukakan arti perjanjian sebagai berikut .³⁰⁾

²⁸⁾ R. Setiawan, Pokok-pokok Hukum Perikatan, Bina Cipta, Bandung, 1979, Hal. 49

²⁹⁾ Subekti R, Hukum Perjanjian, PT. Internusa, Jakarta, 1983 hal. 1 (Selanjutnya disebut Subekti R,I)

³⁰⁾ William Wiebe, Indonesia & International Contract Law, Seminar Series, Center for Commercial Law & Economics, Bali, June 2000

A Contract is an agreement, freely entered into by two or more people or legal entities, which affects their rights and obligations and which the government will recognize and enforce thorough the legal system.

(Sebuah kontrak adalah suatu perjanjian yang dibuat secara bebas oleh dua orang atau lebih atau oleh perusahaan-perusahaan berbadan hukum yang resmi, yang berpengaruh terhadap hak-hak dan kewajiban mereka yang akan diakui oleh pemerintah dan ditegakkan berdasarkan sistem hukum).

Yahya Harahap, M, mengartikan perjanjian atau *Verbintenis*, Sebagai suatu hubungan hukum kekayaan / harta benda antara dua orang atau lebih yang memberi kekuatan hak pada satu pihak untuk memperoleh prestasi dan sekaligus mewajibkan pada pihak lain untuk menunaikan prestasi.³¹⁾

Dari pengertian tersebut dapat dilihat beberapa unsur yang memberi wujud pengertian perjanjian antara lain :

- a. Hubungan hukum (*rechtsbetrekking*);
- b. Menyangkut hukum kekayaan antara dua orang (*person*) atau lebih;
- c. Memberi hak pada suatu pihak dan kewajiban pada pihak lain;
- d. Tentang suatu prestasi.

³¹⁾ Yahya Harahap. M, Segi-segi Hukum Perjanjian, Alumni, Bandung, 1986, Hal. 6

Dengan demikian perjanjian adalah hubungan hukum yang oleh hukum itu sendiri diatur dan disahkan cara perhubungannya. Tindakan / perbuatan hukum yang dilakukan oleh pihak-pihak yang menimbulkan hubungan hukum perjanjian, sehingga terhadap satu pihak diberi hak oleh pihak yang lain untuk memperoleh prestasi sedangkan pihak yang lain itupun menyediakan diri dibebani dengan “kewajiban” untuk menunaikan prestasi.³²⁾

Prestasi adalah obyek dari perjanjian, tanpa prestasi hubungan hukum yang dilakukan berdasarkan tindakan hukum sama sekali tidak mempunyai arti bagi hukum perjanjian. Pada umumnya hak yang lahir dari perjanjian itu bersifat hak relatif, artinya hak atas prestasi baru ada pada “*Persoon*” tertentu jika hal itu didasarkan pada hubungan hukum yang lahir atas perbuatan hukum. Jadi hubungan hukum dalam perjanjian hanya berkekuatan hukum antara orang-orang yang telah mengikatkan diri.

Lebih lanjut Wirjono Prajodikoro memberikan pengertian perjanjian adalah :

Sebagai suatu perhubungan hukum mengenai harta benda antara kedua belah pihak, dalam mana suatu pihak berjanji atau dianggap berjanji

³²⁾ Ibid

untuk melakukan sesuatu hal, sedangkan pihak lain berhak untuk menuntut pelaksanaan janji itu.³³⁾

Adapun prestasi yang dapat dituntut dalam perjanjian menurut pasal 1234 KUH Perdata berupa :

- a. Menyerahkan suatu barang;
- b. Melakukan suatu perbuatan;
- c. Tidak melakukan suatu perbuatan.

Pihak yang berhak atas prestasi mempunyai kedudukan sebagai kreditur (*scheduldeiser*) dan pihak yang wajib menunaikan prestasi berkedudukan sebagai debitur (*schuldenaar*)

Perjanjian mempunyai sifat yang dapat dipaksakan. Hak mendapatkan prestasi tersebut dilindungi oleh hukum berupa "sanksi". Hal ini berarti kreditur diberi kemampuan oleh hukum untuk memaksa debitur menyelesaikan pelaksanaan kewajiban / prestasi yang diperjanjikan. Apabila debitur engan secara sukarela memenuhi kewajiban / prestasi, maka kreditur dapat meminta kepada pengadilan untuk melaksanakan sanksi hukum, baik berupa seluruhnya perjanjian mempunyai sifat yang dapat dipaksakan, kekecualian terdapat pada *natuurlijke verbinten* yaitu perjanjian tanpa mempunyai kekuatan memaksa.

³³⁾ Wirjono Prodjodikoro, Asas-asas Hukum Perjanjian, Seminar Bandung, Jakarta, 1983, hal.9

Dengan demikian, perjanjian dapat dibedakan antara :

1. Perjanjian tanpa kekuatan hukum (*zonder rechtswerking*) yaitu perjanjian yang ditinjau dari segi hukum perdata tidak mempunyai akibat hukum yang mengikat;
2. Perjanjian yang mempunyai kekuatan hukum tak sempurna seperti *natuurlijke verbinten* yaitu ketidaksempurnaannya daya hukumnya terletak pada sanksi memaksanya. Jadi tidak dapat dipaksakan.
3. Perjanjian yang sempurna daya kekuatan hukumnya. Dalam hal ini dapat dipaksakan kepada debitur jika ingkar secara sukarela melaksanakan kewajiban prestasi. Untuk itu diberi hak oleh hukum menjatuhkan sanksi melalui tuntutan eksekusi pelaksanaan dan eksekusi riil, ganti rugi serta uang paksa.³⁴⁾

b) Syarat-syarat sahnya perjanjian

Perjanjian yang dibuat oleh pihak-pihak haruslah memenuhi ketentuan sebagaimana yang telah ditetapkan oleh pasal 1320 KUH Perdata, mengenai sahnya suatu perjanjian yaitu :

Untuk sahnya suatu persetujuan-persetujuan diperlukan 4 (empat) syarat :

³⁴⁾ Yahya Harahap.M, Op. Cit, hal. 9

1. Sepakat mereka yang mengikatkan dirinya;
2. Cakap untuk membuat suatu perikatan;
3. Suatu hal tertentu;
4. Suatu sebab yang halal.

1. Sepakat mereka yang mengikatkan dirinya.

Dengan diperlakukannya kata sepakat mengadakan perjanjian, maka berarti bahwa kedua pihak haruslah mempunyai kebebasan kehendak para pihak tidak mendapat sesuatu tekanan yang mengakibatkan adanya “cacat” bagi perwujudan kehendak tersebut. Pengertian sepakat dilukiskan sebagai pernyataan kehendak yang disetujui (*Oveveenstemende wilsverklaving*) antara para pihak. Sehubungan dengan syarat kesepakatan ini, dalam KUH Perdata dicantumkan beberapa hal yang merupakan faktor, yang dapat menimbulkan cacat pada kesepakatan tersebut antara lain :

Yang dimaksud dengan kesepakatan di sini adalah adanya rasa ikhlas atau saling memberi dan menerima atau sukarela di antara pihak-pihak yang membuat perjanjian tersebut. Kesepakatan tidak ada apabila kontrak dibuat atas dasar paksaan, penipuan, atau kekhilafan.

a. Cacat syarat subyektif, meliputi :

1) Kekhilafan (kesesatan) :

Dalam Pasal 1321 KUH Perdata ditentukan :

Tidak ada sepakat yang sah apabila sepakat itu diberikan karena kekhilafan; atau diperolehnya dengan paksaan atau penipuan lebih lanjut, Pasal 1322 KUH Perdata menyebutkan “Kekhilafan” tidak mengakibatkan batalnya suatu persetujuan selainnya apabila kekhilafan itu terjadi mengenai hakikat barang yang menjadi pokok persetujuan.

“Kekhilafan tidak menjadi sebab kebatalan, jika kekhilafan itu hanya terjadi mengenai dirinya orang dengan siapa seorang bermaksud membuat suatu persetujuan, kecuali jika persetujuan itu telah dibuat terutama karena mengingat dirinya orang tersebut”.

(i) *error in persona*

Kekhilafan dibedakan dalam kekhilafan mengenai orangnya dinamakan *error in persona*, dan kesesatan mengenai hakikat barangnya dinamakan *error in substantia*.

(ii) *error in substantia*

Maksudnya ialah bahwa kesesatan itu adalah mengenai sifat benda, yang merupakan alasan yang

sesungguhnya bagi kedua belah pihak, untuk mengadakan perjanjian.

2) Paksaan

Menurut Pasal 1323 KUH Perdata “Paksaan yang dilakukan terhadap orang yang membuat suatu persetujuan, merupakan alasan untuk batalnya persetujuan, juga apabila paksaan itu dilakukan oleh seorang pihak ketiga, untuk kepentingan siapa persetujuan, tersebut tidak telah dibuat”.

Yang dimaksud dengan paksaan adalah bukan paksaan dalam arti absolut, sebab dalam hal yang demikian itu perjanjian sama sekali tidak terjadi, misalnya jika seseorang yang lebih kuat memegang tangan seseorang yang lemah dan membuat ia mencantumkan tanda tangan di bawah sebuah perjanjian.

“Paksaan telah terjadi, apabila perbuatan itu sedemikian rupa hingga dapat menakutkan seorang yang berpikiran sehat, dan apabila perbuatan itu dapat menimbulkan ketakutan pada orang tersebut bahwa dirinya atau kekayaannya terancam dengan suatu kerugian yang terang dan nyata” (Pasal 1324 KUH Perdata).

Dalam mempertimbangkan hal itu, harus diperhatikan usia kelamin dan kedudukan orang-orang yang bersangkutan.

Yang dimaksud dengan paksaan ialah kekerasan jasmani atau ancaman (akan membuka rahasia) dengan sesuatu yang diperbolehkan hukum yang menimbulkan ketakutan kepada seseorang sehingga ia membuat perjanjian. Di sini paksaan itu harus benar-benar menimbulkan suatu ketakutan bagi yang menerima paksaan.

Paksaan terhadap para pihak menurut Pasal Pasal 1325 KUH Perdata bahwa :

“Paksaan mengakibatkan batalnya suatu persetujuan tidak saja apabila dilakukan terhadap salah satu pihak yang membuat persetujuan, tetapi juga apabila paksaan itu dilakukan terhadap suami atau istri atau sanak keluarga dalam garis keatas maupun ke bawah”. Ketakutan tidak identik dengan paksaan, selanjutnya Pasal 1326 KUH Perdata menyebutkan :

“Ketakutan saja karena hormat terhadap ayah, ibu atau lain sanak keluarga dalam garis ke atas tanpa disertai kekerasan tidaklah cukup untuk pembatalan persetujuan”.

Pembatalan tidak dapat diajukan

Pasal 1327 KUH Perdata menyebutkan “Pembatalan sesuatu persetujuan berdasarkan paksaan tidak lagi dapat dituntutnya, apabila setelah paksaan berhenti, persetujuan tersebut dikuatkan baik secara dinyatakan dengan tegas, maupun secara diam-diam, atau apabila seorang melampaikan waktu yang ditentukan oleh undang-undang untuk dipulihkan seluruhnya”.

3) Penipuan

Pengertian penipuan

Pasal 1328 KUH Perdata menentukan bahwa “Penipuan merupakan suatu alasan untuk pembatalan persetujuan, apabila tipu-muslihat yang dipakai oleh salah satu pihak, adalah sedemikian rupa hingga terang dan nyata bahwa pihak yang lain tidak telah membuat perikatan itu jika tidak dilakukan tipu-muslihat tersebut. Penipuan tidak dipersangkakan, tetapi harus dibuktikan.”

2. Cakap melakukan perbuatan hukum.

Kecakapan di sini artinya para pihak yang membuat kontrak haruslah orang-orang yang oleh hukum dinyatakan sebagai subjek hukum. Pada dasarnya semua orang menurut hukum cakap untuk

membuat kontrak. Yang tidak cakap adalah orang-orang yang ditentukan hukum, yaitu anak-anak, orang dewasa yang ditempatkan di bawah pengawasan (*curatele*), dan orang sakit jiwa. Anak-anak adalah mereka yang belum dewasa yang menurut Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan belum berumur 18 (delapan belas) tahun. Meskipun belum berumur 18 (delapan belas) tahun, apabila seseorang telah atau pernah kawin dianggap sudah dewasa, berarti cakap untuk membuat perjanjian.

Pasal 1329 KUH Perdata menentukan bahwa :

“Setiap orang adalah cakap untuk membuat perikatan-perikatan jika oleh undang-undang tidak dinyatakan tidak cakap”.

Pasal 1330 KUH Perdata menentukan :

“Tidak cakap untuk membuat persetujuan-persetujuan adalah :

1. Orang-orang belum dewasa;
2. Mereka yang ditaruh di bawah pengampuan;
3. Orang-orang perempuan, dalam hal-hal yang ditetapkan oleh undang-undang, dan pada umumnya semua orang kepada siapa undang-undang telah melarang, membuat persetujuan-persetujuan, tertentu”.

Adapun Kriteria belum dewasa menurut KUHPerdara Pasal 1330, menentukan sebagai berikut :

“Belum dewasa adalah mereka yang belum mencapai umur genap 21 (dua puluh satu) tahun dan sebelumnya belum kawin”.

Apabila perkawinan itu dibubarkannya sebelum umur mereka genap 21 (dua puluh satu) tahun, maka mereka tidak kembali lagi dalam kedudukan belum dewasa.

Yang tidak cakap dapat menuntut pembatalan.

Untuk mengetahui sejauh mana mereka yang tidak cakap berhak membatalkan perjanjian yang dibuatnya, dipelajari lebih jauh dalam Pasal 1446 KUH Perdata dan seterusnya.

Pasal 1331 KUH Perdata menyebutkan :

“Karena itu orang-orang yang di dalam pasal yang lalu dinyatakan tak cakap, boleh menuntut pembatalan perikatan-perikatan yang mereka telah perbuat, dalam hal-hal dimana kekuasaan itu tidak dikecualikan oleh undang-undang.

Orang-orang yang cakap untuk mengikatkan diri tidak sekali-kali diperkenankan mengemukakan ketidakcakapan orang-orang yang belum dewasa, orang-orang yang ditaruh di bawah pengampunan dan perempuan-perempuan yang bersuami dengan siapa mereka telah membuat suatu persetujuan”.

3. Suatu hal tertentu (Syarat tentang barang)

Hal tertentu maksudnya objek yang diatur kontrak tersebut harus jelas, setidak-tidaknya dapat ditentukan. Jadi, tidak boleh samar-samar. Hal ini penting untuk memberikan jaminan atau kepastian kepada pihak-pihak lain untuk mencegah timbulnya kontrak fiktif. Misalnya, jual beli sebuah mobil, harus jelas merek apa, buatan tahun berapa, warna apa, nomor mesinnya berapa, dan sebagainya. Semakin jelas semakin baik. Tidak boleh misalnya jual beli sebuah mobil saja, tanpa penjelasan lebih lanjut.

Suatu perjanjian haruslah mempunyai objek (*bepaald onderwerp*) tertentu, sekurang-kurangnya dapat ditentukan bahwa objek tertentu itu dapat berupa benda yang sekarang ada dan nanti akan ada.

- a. Barang itu adalah barang yang dapat diperdagangkan.
- b. Barang-barang yang dipergunakan untuk kepentingan umum antara lain seperti jalan umum, pelabuhan umum, gedung-gedung umum dan sebagainya tidaklah dapat dijadikan objek perjanjian.
- c. Dapat ditentukan jenisnya.
- d. Barang yang akan datang.

Pasal 1332 :

“Hanya barang-barang yang dapat diperdagangkan saja dapat menjadi pokok persetujuan-persetujuan” (Pasal 1332 KUH Perdata).

e. Objek perjanjian

Pasal 1333 KUH Perdata menyebutkan :

“Suatu persetujuan harus mempunyai pokok suatu barang yang paling sedikit ditentukan jenisnya.

Tidaklah menjadi halangan bahwa jumlah barang tidak tentu, asal saja jumlah itu kemudian dapat ditentukan atau dihitung”.

f. Barang yang akan ada

Pasal 1334 KUH Perdata menentukan :

“Barang yang baru akan ada di kemudian hari dapat menjadi pokok suatu persetujuan. Tetapi tidaklah diperkenankan untuk melepaskan suatu warisan yang belum terbuka, ataupun untuk meminta diperjanjikan sesuatu hal mengenai warisan itu, sekalipun dengan sepakatnya orang yang nantinya akan meninggalkan warisan yang menjadi pokok persetujuan itu, dengan tidak mengurangi ketentuan-ketentuan Pasal 169, Pasal 176 dan Pasal 178 yang dilarang oleh undang-undang untuk dijadikan pokok perjanjian adalah benda-benda yang berada di luar perdagangan dan warisan yang belum terbuka”.

4. Suatu sebab yang halal (causa dan ketertiban umum)

Maksudnya isi kontrak tidak boleh bertentangan dengan perundang-undangan yang bersifat memaksa, ketertiban umum, dan atau kesusilaan. Misalnya, jual beli bayi adalah tidak sah karenanya bertentangan dengan norma-norma tersebut.

a. Perjanjian tanpa kausa

“Suatu persetujuan tanpa sebab, atau yang telah dibuat karena sesuatu sebab yang palsu atau terlarang, tidak mempunyai kekuatan” (Pasal 1335 KUH Perdata).

b. Sebab yang halal

“Jika tak dinyatakan sesuatu sebab, tetapi ada suatu sebab yang halal, atau pun jika ada suatu sebab lain, dari pada yang dinyatakan, persetujuannya namun demikian adalah sah (Pasal 1336 KUH Perdata).

c. Sebab terlarang

“Suatu sebab adalah terlarang, apabila dilarang oleh undang-undang atau apabila berlawanan dengan kesusilaan baik atau ketertiban umum” (Pasal 1337 KUH Perdata).

Undang-undang tidak memberikan pengertian mengenai “sebab” (*oorzaak, causa*). Sudah jelas bahwa yang dimaksud dengan kausa bukanlah hubungan sebab akibat, sehingga pengertian kausa di sini tidak mempunyai hubungan sama sekali dengan ajaran kausaliteit. Pun yang

dimaksud dengan pengertian “kausa” bukan sebab yang mendorong para pihak untuk mengadakan perjanjian, karena apa yang menjadi motif dari seseorang untuk mengadakan perjanjian itu tidak menjadi perhatian hukum.

Menurut yurisprudensi yang ditafsirkan dengan kausa adalah isi atau maksud dari perjanjian. Melalui syarat kausa, di dalam praktek maka ia merupakan upaya untuk menempatkan perjanjian di bawah pengawasan Hakim.

Hakim dapat menguji apakah tujuan dari perjanjian itu dapat dilaksanakan dan apakah isi perjanjian tidak bertentangan dengan undang-undang ketertiban umum dan kesusilaan (Pasal 1335 sampai dengan Pasal 1337 KUHPerdata).

Pembentukan undang-undang mempunyai pandangan bahwa perjanjian-perjanjian mungkin juga diadakan tanpa sebab atau dibuat karena sesuatu sebab yang palsu atau terlarang. Yang dimaksud dengan sebab terlarang ialah sebab yang dilarang undang-undang atau berlawanan dengan kesusilaan baik atau ketertiban umum (Pasal 1337 KUH Perdata). Perjanjian yang dibuat dengan sebab demikian tidak mempunyai kekuatan (Pasal 1335 KUH Perdata).

Perjanjian yang cacat subjektif dapat dibatalkan dan yang cacat objektif batal demi hukum.

Kedua syarat yang pertama dinamakan syarat subyektif, karena syarat tersebut mengenai subyek perjanjian, sedangkan kedua syarat terakhir disebut syarat obyektif, karena mengenai obyek dari perjanjian.³⁵⁾

Mengenai keempat syarat tersebut, Subekti menggolongkan-nya ke dalam dua bagian yaitu :

1. Bagian ke-1 mengenai subyek perjanjian yang ditentukan oleh orang yang membuat perjanjian harus cakap atau mampu melakukan perbuatan hukum tertentu, dan adanya kesepakatan yang menjadi dasar perjanjian yang harus dicapai atas dasar kebebasan menentukan kehendaknya (tidak ada paksaan, kekhilafan atau penipuan).
2. Bagian ke-2 mengenai obyek perjanjian yang ditentukan oleh apa yang dijanjikan oleh masing-masing pihak harus cukup jelas untuk menetapkan kewajiban masing-masing pihak, dan apa yang dijanjikan oleh masing-masing pihak tidak bertentangan dengan undang-undang, ketertiban umum atau kesusilaan.

Selanjutnya dikatakan oleh beliau bahwa tidak dipenuhinya syarat-syarat subyektif dapat dimintakan pembatalan perjanjian kepada hakim, akan tetapi jika tidak dipenuhinya syarat-syarat obyektif diancam dengan kebatalan perjanjian demi hukum.³⁶⁾

³⁵⁾ Mariam Darus Badruszaman, dkk, Kompilasi Hukum Perikatan, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001, hal. 73

³⁶⁾ Subekti, I, Op. Cit, hal. 17

Menurut Abdulkadir Muhammad, akibat hukum dari perjanjian yang tidak memenuhi syarat-syarat mengenai subyek (syarat-syarat) yaitu : syarat adanya persetujuan kehendak dan syarat kecakapan pihak-pihak adalah bahwa perjanjian itu dapat dibatalkan (*voldable*) yaitu dapat dimintakan pembatalannya kepada hakim, sedangkan akibat hukum dari perjanjian yang tidak memenuhi syarat-syarat mengenai obyek (syarat-syarat obyektif) seperti : syarat hal tertentu dua syarat adanya kausa yang halal adalah bahwa perjanjian itu batal (*void*) artinya perjanjian itu batal demi hukum.³⁷⁾

Mengenai diperlakukannya kata sepakat mengadakan perjanjian maka berarti kedua belah pihak haruslah mempunyai kebebasan kehendak, pengertian sepakat dilukiskan sebagai pernyataan kehendak yang disetujui antara pihak sebagai saat terjadi perjanjian antara pihak-pihak. Dalam hal ini ada beberapa ajaran yaitu :

1. Teori kehendak (*wils theorie*) mengajarkan bahwa kesepakatan terjadi pada saat kehendak pihak penerima dinyatakan.
2. Teori pengiriman (*versendtheorie*) mengajarkan bahwa kesepakatan terjadi pada saat kehendak yang dinyatakan itu dikirim oleh pihak yang menerima tawaran.

³⁷⁾ Abdulkadir Muhammad, Op. Cit. hal. 82

3. Teori pengetahuan (*vernemingtheorie*) mengajarkan bahwa pihak yang menawarkan seharusnya sudah mengetahui bahwa tawarannya diterima.
4. Teori kepercayaan (*vertrowenstheorie*) mengajarkan bahwa kesepakatan itu terjadi pada saat pernyataan kehendak dianggap layak diterima oleh pihak yang menawarkan.³⁸⁾

Dilihat dari syarat-syarat sahnya perjanjian, maka asser membedakan bagian perjanjian, yaitu bagian inti (*wezenlijkoordee*) dan bagian yang bukan inti (*non wezenlijkoordeel*). Bagian inti disebut esensialia dan bagian non – inti terdiri dari naturalia dan aksidentalialia.

a. *Esensialia* adalah bagian yang merupakan sifat yang harus ada di dalam perjanjian. Sifat yang menentukan atau menyebabkan perjanjian itu tercipta (*constructieve oordeel*) seperti tujuan antara para pihak dan obyek perjanjian.

b. *Naturalia* adalah bagian yang merupakan sifat bawaan (*natuur*) perjanjian sehingga secara diam-diam melekat pada perjanjian. Seperti menjamin tidak ada cacat dalam benda yang dijual (*vrijwaring*).

³⁸⁾ Mariam Darus Badruzaman, dkk, Op. Cit, hal. 74

c. *Aksidentalialia* adalah bagian yang merupakan sifat yang melekat pada perjanjian dalam hal secara tegas diperjanjikan oleh para pihak, seperti ketentuan-ketentuan mengenai domisili para pihak.³⁹⁾

Ciri-ciri dari kontrak yang sah harus memiliki lima elemen yaitu :

1. Harus merupakan *persetujuan* yang ikhlas (tanpa paksaan)
2. Kedua belah pihak harus memiliki *kemampuan* untuk membuat kontrak.
3. Materi dari kontrak harus *sesuai dengan hukum (legal)*
4. Kontrak harus memenuhi setiap persyaratan dari *bentuk kontrak*.
5. Kontrak harus mengandung *pertimbangan yang memadai*.⁴⁰⁾

Persetujuan : Ini berarti bahwa dalam perundingan-perundingan yang berkaitan dengan pembuatan kontrak, disana harus telah ada penawaran oleh salah satu pihak yang membuat kontrak dan penerimaan atas penawaran oleh pihak lainnya dan bahwa keduanya baik penawaran dan penerimaan harus disepakati oleh para pihak dengan kehendak bebas mereka masing-masing (tanpa paksaan).

³⁹⁾ Ibid

⁴⁰⁾ Peter Mahmud Marzuki, Indonesia and International Contract Law. Seminar series, Center for Commercial Law and Economics, Bali, June 2000.

Apakah definisi yang tegas dari penawaran dan penerimaan akan didiskusikan kemudian.

Pertimbangan : Hal ini menyangkut pertimbangan yang para pihak berikan satu sama lainnya dalam kontrak. Mungkin mengenai kondisi dari keuangan atau barang atau jasa atau sesuatu yang lainnya tergantung dari untuk apa kontrak itu dibuat.

Kemampuan : Hal ini mengacu pada status para pihak yang membuat kontrak dan kemampuan mereka untuk memahami kondisi dasar dari kontrak yang mereka tandatangani. Contoh, anak-anak menurut hukum dianggap tidak memiliki kemampuan untuk membuat kontrak, maupun dari aspek mental belum dapat dianggap (berkapasitas) sebagai orang.

Legalitas : Hal ini mengacu pada apakah materi dari kontrak itu adalah sah. Sebagai contoh kontrak untuk menjual heroin akan menjadi tidak sah karena hal tersebut kurang memenuhi aspek elemen hukum, sehingga berarti kontrak penjualan heroin itu bertentangan dengan hukum/tidak sah.

Formalitas : Ketentuan hukum mempersyaratkan untuk jenis kontrak tertentu harus dibuat dalam bentuk yang khusus. Contoh untuk jenis kontrak tertentu, ketentuan hukum mempersyaratkan adanya pendaftaran agar kontrak tersebut menjadi sah.

c) Akibat hukum perjanjian yang sah

Menurut ketentuan pasal 1338 KUHdt, perjanjian yang dibuat secara sah, yaitu memenuhi syarat-syarat pasal 1320 KUHPdt berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya, tidak dapat ditarik kembali tanpa persetujuan kedua belah pihak atau karena alasan-alasan yang cukup menurut undang-undang, dan harus dilaksanakan dengan itikad baik.

1. Berlaku sebagai undang-undang

Perjanjian berlaku sebagai undang-undang bagi pihak-pihak, artinya pihak-pihak harus menaati perjanjian itu sama dengan menaati undang-undang jika ada yang melanggar perjanjian yang mereka buat, ia dianggap sama dengan melanggar undang-undang, yang mempunyai akibat hukum tertentu sanksi-hukum. Jadi, barang siapa melanggar perjanjian, ia akan mendapat hukuman seperti yang telah ditetapkan dalam undang-undang.⁴¹⁾

Perjanjian mempunyai kekuatan mengikat dan memaksa. Dalam perkara perdata hukuman bagi pelanggar perjanjian ditetapkan oleh hakim berdasarkan undang-undang atas permintaan pihak lainnya. Menurut Undang-undang, pihak yang melanggar perjanjian itu diharuskan membayar ganti kerugian (pasal 1243

⁴¹⁾ Abdulkadir Muhammad, Op. Cit, hal. 97

KUHPdt), perjanjian dapat diputuskan (*ontbinding*, pasal 1266 KUHPdt), mengganggu beban resiko (pasal 1237 ayat 2), membayar biaya perkara itu jika sampai diperkarakan dimuka hakim (Pasal 181 ayat 2 HIR).

2. Tidak dapat ditarik kembali secara sepihak

Perjanjian yang telah dibuat secara sah mengikat pihak-pihak. Perjanjian tersebut tidak boleh ditarik kembali atau dibatalkan secara sepihak saja. Jika ingin menarik kembali atau membatalkan itu harus memperoleh persetujuan pihak lainnya, jadi diperjanjikan lagi. Namun demikian, apabila ada alasan-alasan yang cukup menurut undang-undang, perjanjian dapat ditarik kembali atau dibatalkan secara sepihak.⁴²⁾

3. Pelaksanaan dengan itikad baik

Istilah “itikad baik” (*in good faith, te goeder truw*) ada dua macam, yaitu sebagai unsur subyektif, dan sebagai ukuran obyektif untuk menilai pelaksanaan.⁴³⁾

Dalam hukum benda, istilah itikad baik berarti : kejujuran” atau “kebersihan”. Dalam pasal 531 KUHPdt ditentukan bahwa yang menguasainya dengan cara memperoleh hak milik, tanpa

⁴²⁾ Suryodiningrat. R.M, Asas-asas Hukum Perikatan, Tarsito, Bandung, 1985, hal. 113

⁴³⁾ Abdulkadir Muhammad, Op.Cit, hal. 98

mengetahui cacat yang terkandung di dalamnya. Dalam pasal 533 KUHPdt ditentukan bahwa itikad baik selamanya harus dianggap ada pada setiap orang yang menguasai benda, barang siapa meragukannya harus membuktikan tuduhannya itu.

Yang dimaksud dengan itikad baik dalam pasal 1338 ayat 3 KUHPdt, bukanlah dalam arti unsur subyektif ini, melainkan pelaksanaan perjanjian itu harus berjalan dengan mengindahkan norma-norma kepatuhan dan kesusilaan. Jadi, yang dimaksud dengan itikad baik disini adalah ukuran obyektif untuk menilai pelaksanaan perjanjian itu. Artinya pelaksanaan perjanjian itu harus berjalan diatas rel yang benar, yaitu harus mengindahkan norma-norma kepatutan dan kesusilaan.⁴⁴⁾

Apa yang dimaksud dengan kepatutan dan kesusilaan itu ? Undang-undang pun tidak memberikan perumusannya, karena itu tidak ada ketetapan batasan pengertian istilah tersebut. Tetapi jika dilihat arti katanya, kepatutan artinya kepantasan, kelayakan, kesesuaian, kecocokan, sedangkan kesusilaan artinya kesopanan, keadaban. Dari arti kata ini dapat digambarkan kiranya kepatutan dan kesusilaan itu sebagai nilai yang patut, pantas, layak, sesuai,

⁴⁴⁾ Purwahid Patrik, Hukum Perdata II (Perikatan Yang Lahir Dari Perjanjian dan Undang-undang), Fakultas Hukum UNDIP, Semarang, 1986, hal. 24

cocok, sopan dan beradab, sebagaimana sama-sama dikehendaki oleh masing-masing pihak yang berjanji.

Jika terjadi silang pendapat tentang pelaksanaan dengan itikad baik (kepatutan dan kesusilaan), hakim diberi wewenang oleh undang-undang untuk mengawasi dan menilai pelaksanaan, apakah ada pelanggaran terhadap norma-norma kepatutan dan kesusilaan itu. Ini berarti hakim berwenang untuk menyimpang dari isi perjanjian menurut kata-katanya, apabila pelaksanaan menurut kata-kata itu akan bertentangan dengan itikad baik yaitu norma kepatutan dan ke susilaan. Pelaksanaan yang sesuai dengan norma-norma kepatutan dan kesusilaan itulah yang dipandang adil. Tujuan hukum adalah menciptakan keadilan.

Keadilan dalam hukum itu menghendaki kepastian, yaitu apa yang diperjanjikan harus dipenuhi, janji itu mengikat seperti undang-undang (pasal 1338 ayat 1 KUH Perdata), sedangkan yang harus dipenuhi itu sesuai dengan kepatutan dan kesusilaan (pasal 1338 ayat 3 KUH Perdata, asas keadilan).

Hakim berwenang mencegah suatu pelaksanaan perjanjian yang tidak adil, yaitu tidak sesuai dengan kepatutan dan kesusilaan atau dengan itikad jahat.⁴⁵⁾

⁴⁵⁾ Purwahid Patrik, Asas itikad Baik dan Kepatutan Dalam Perjanjian, FH UNDIP Semarang, 1982, hal. 34

Dalam pelaksanaan perjanjian dengan itikad baik, perlu diperhatikan juga (kebiasaan). Hal ini ditentukan dalam pasal 1339 KUHPdt.

“Perjanjian-perjanjian tidak hanya mengikat untuk hal-hal yang dengan tegas dinyatakan didalamnya, tetapi juga untuk segala sesuatu yang menurut sifat perjanjian diharuskan oleh kepatutan, kebiasaan atau undang-undang”.

Dengan demikian, setiap perjanjian diperlengkapi dengan aturan-aturan undang-undang dan adat kebiasaan di suatu tempat, disamping kepatutan. Atas dasar pasal ini, kebiasaan juga ditunjuk sebagai sumber hukum disamping undang-undang, sehingga kebiasaan itu ikut menentukan hak dan kewajiban pihak-pihak dalam perjanjian.

d) Azas-azas Hukum Perjanjian

Sebagaimana yang dikemukakan oleh Subekti bahwa suatu azas adalah suatu dasar yang mendukung adanya suatu sistem. Setiap sistem mengandung beberapa azas yang menjadi pedoman dalam pembentukan dan dapat dikatakan bahwa suatu sistem adalah tidak terlepas dari azas-azas yang mendukungnya.⁴⁶⁾

⁴⁶⁾ Subekti, Kumpulan Karangan Hukum Perikatan Arbitrase dan Pengadilan, Alumni, Bandung, 1980, Hal. 36 (Selanjutnya disebut Subekti II)

Dengan menemukan azas dan sistem ini, akan diperoleh suatu keseragaman hukum atau paling tidak akan diperoleh bentuk-bentuk dasar dari berlakunya suatu sistem dan bahkan peraturan-peraturan yang berlaku.

Menurut Nieuwenhuis seperti yang dikutip oleh Hendry Panggabean bahwa hubungan fungsional antara asas-asas hukum dengan peraturan hukum (*Rechtsregel*) dinyatakan sebagai berikut :

- 1) Bahwa asas-asas hukum berfungsi sebagai pembangun-pembangun sistem, karena asas-asas itu bukan hanya mempengaruhi hukum positif, tetapi juga dalam banyak keadaan menciptakan suatu sistem baru. Suatu sistem tidak ada, tanpa adanya asas-asas itu.
- 2) Bahwa asas-asas hukum itu membentuk satu sama lain suatu sistem "*checks and balans*", asas-asas sering menunjuk ke arah yang berlawanan, apa yang kiranya merupakan rintangan bagi peraturan-peraturan hukum disini adalah merupakan berkat. Oleh karena menunjuk ke arah yang berlawanan asas-asas itu saling kekang mengekang dan demikian seimbang.⁴⁷⁾

Dari berbagai seminar yang diadakan mengenai asas Hukum Nasional, sebagaimana diselenggarakan BPHN Departemen

⁴⁷⁾ Henry Panggabean, Penyalahgunaan Keadaan (Misbruik Van Omstantigheden) sebagai alasan untuk pembatalan Perjanjian (Berbagai Perkembangan Hukum di Belanda), Liberty, Yogyakarta, 1992., hal. 7

Kehakiman, Januari 1989, maka disepakati sejumlah asas dalam hukum kontrak antara lain :

a. Asas konsensualisme

Asas ini dapat ditemukan dalam pasal 1320 dan 1338 KUH Perdata. Di dalamnya ditemukan istilah "Semua". Kata-kata semua menunjukkan bahwa setiap orang diberi kesempatan untuk menyatakan keinginannya (*will*), yang dirasanya baik untuk menciptakan perjanjian. Asas ini sangat erat hubungannya dengan asas kebebasan mengadakan perjanjian.

b. Asas kepercayaan

Seorang yang mengadakan perjanjian dengan pihak lain, harus dapat menumbuhkan kepercayaan diantara kedua pihak bahwa satu sama lain akan memenuhi prestasinya di kemudian hari. Tanpa adanya kepercayaan, maka perjanjian itu tidak mungkin diadakan oleh para pihak. Dengan kepercayaan ini, kedua pihak mengikatkan dirinya kepada perjanjian yang mempunyai kekuatan mengikat sebagai undang-undang.

c. Asas Kekuatan Mengikat

Dalam perjanjian terkandung suatu proses asas kekuatan mengikat, terikatnya para pihak pada apa yang dipergunakan dan juga terhadap beberapa unsur lain sepanjang dikehendaki oleh kebiasaan dan kepatuhan dan kebiasaan akan mengikat para pihak.

d. Asas persamaan hak / hukum

Asas ini menempatkan para pihak didalam persamaan derajat, tidak ada perbedaan, walaupun ada perbedaan kulit, bangsa, kepercayaan, kekuasaan, jabatan dan lain-lain. Masing-masing pihak wajib melihat adanya persamaan ini dan mengharuskan kedua belah pihak untuk menghormati satu sama lain sebagai manusia ciptaan Tuhan.

e. Asas keseimbangan

Asas ini menghendaki kedua pihak untuk memenuhi dan melaksanakan perjanjian itu. Asas keseimbangan ini merupakan kelanjutan dari asas persamaan. Kreditur mempunyai kekuatan untuk menuntut pelunasan prestasi melalui kekayaan debitur, namun kreditur memikul pula beban untuk melaksanakan perjanjian itu dengan itikad baik. Dapat dilihat disini bahwa kedudukan kreditur yang kuat diimbangi dengan kewajibannya untuk memperhatikan itikad baik, sehingga kedudukan kreditur dan debitur seimbang.

f. Asas moral

Asas ini terlihat dalam perikatan wajar, dimana suatu perbuatan sukarela dari seseorang tidak menimbulkan hak baginya untuk menggugat kontraprestasi dari pihak debitur. Asas ini terdapat dalam pasal 1339 KUH Perdata. Faktor-faktor yang

memberikan motivasi pada yang bersangkutan untuk melakukan perbuatan hukum adalah berdasarkan pada kesusilaan (moral) sebagai panggilan dari hati nuraninya.

g. Asas kepatutan

Asas ini dituangkan dalam pasal 1339 KUH Perdata, yang berkaitan dengan ketentuan mengenai isi perjanjian. Melalui asas ini ukuran tentang hubungan ditentukan juga oleh rasa keadilan dalam masyarakat.

h. Asas kebiasaan

Suatu perjanjian tidak hanya mengikat untuk hal-hal yang diatur secara tegas, tetapi juga hal-hal yang dalam keadaan dan kebiasaan yang diteliti.

i. Asas kepastian hukum

Perjanjian sebagai suatu figur hukum harus mengandung kepastian hukum. Kepastian ini terungkap dari kekuatan mengikat perjanjian itu yaitu sebagai undang-undang bagi para pihak.⁴⁸⁾

j. Asas kebebasan berkontrak

Asas ini tercantum dalam pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata yang menentukan :

⁴⁸⁾ Mariam Darus Badrul Zaman, Aneka Hukum Bisnis, Alumni, Bandung, 1994, hal. 41

“Suatu perjanjian yang sah mengikat sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya”. Maksudnya bahwa orang bebas membuat atau tidak membuat perjanjian, bebas menentukan isi, berlakunya dan syarat-syarat perjanjian dengan bentuk tertentu atau tidak dan bebas memilih undang-undang mana yang akan dipakai untuk perjanjian itu. Asas ini merupakan salah satu asas yang fundamental (asas utama) dalam hukum perikatan walaupun dalam perkembangannya telah terjadi pergeseran-pergeseran.

Di dalam perkembangannya, asas kebebasan berkontrak ini semakin sempit dilihat dari beberapa segi yaitu : dari segi kepentingan umum, dari segi perjanjian baku (*standard*) dan dari segi perjanjian dengan pemerintah.

k. Azas “*fairness*”

Diketahui bahwa suatu perjanjian dibuat bukanlah untuk kepentingan satu pihak saja, tetapi untuk kepentingan semua pihak-pihak dalam perjanjian-perjanjian harus dibuat dengan mengindahkan dan memperhatikan kepentingan dari pihak-pihak yang bersangkutan. Adalah tidak layak dan tidak wajar apabila suatu perjanjian di dalam perumusannya memberikan kewajiban dan hak secara tidak seimbang.

l. Azas "*time is on the essence*"

Di dalam kontrak-kontrak tertentu khususnya yang berkaitan dengan "*construction project*" dan "*project financing*". Asas ini merupakan asas yang umum dan merupakan dasar pertimbangan utama dalam pengertian bahwa suatu proyek harus diselesaikan tepat pada waktunya. Ketepatan waktu adalah sangat esensial, oleh karena apabila terjadi keterlambatan, hal ini akan membawa akibat finansial yang sangat besar, yang antara lain akan mengkaitkan terlambatnya memulai melakukan kegiatan atau bisnisnya, kemungkinan terlambatnya mendapatkan "*revenue*" kewajiban untuk melakukan pembayaran kembali, kemungkinan adanya kewajiban-kewajiban baru yang harus ditanggung yang sebelumnya tidak diprediksikan dan kemungkinan proyek menjadi tidak visible lagi.

m. Azas "*as is where is*"

Azas ini biasanya diberlakukan dan dipergunakan dalam suatu transaksi yang melibatkan masalah-masalah yang sebenarnya dapat tidak dimasukkan di dalam konsiderasi, tetapi telah diberitahukan oleh satu pihak kepada pihak yang lain, dan telah diketahui oleh pihak yang lain tersebut.

Sebagai akibatnya transaksi tersebut akan ditutup dengan konsiderasi yang mendasarkan kepada keadaan yang telah

diberitahukannya. Hal-hal yang diutarakan tersebut harus menjadi bahan pertimbangan bagi pembeli di dalam rencana menutup transaksi termasuk menentukan harga yang wajar yang ditawarkan.

n. Azas "*confidentiality*"

Pada dasarnya, para pihak adalah diwajibkan untuk menjaga kerahasiaan dari pada ketentuan-ketentuan dan data-data yang tersangkut di dalam perjanjian dan tidak dibenarkan untuk menyebarluaskan ataupun memberitahukan kepada pihak ketiga. Namun biasanya juga diatur tentang pengecualian-pengecualian mana saja yang sebenarnya dapat dilakukan, sampai seberapa lama ketentuan ini harus tetap dipertahankan, apakah ada jangka waktu tertentu ataukah untuk selamanya.⁴⁹⁾

Menurut Sudikno Mertokusumo hukum perikatan kita paling tidak dikuasai oleh beberapa asas di antaranya adalah :

- a) Asas konsensualisme, yaitu adanya persesuaian kehendak yang berhubungan dengan lahirnya perjanjian.
- b) Asas kekuatan mengikatnya suatu perjanjian berhubungan dengan akibat dari suatu perjanjian.

⁴⁹⁾ Badan Pembinaan Hukum Nasional, Departemen Kehakiman, Pertemuan Ilmiah : Perkembangan Hukum Kontrak Dalam Bisnis di Indonesia; BPHN, Jakarta, 1994, hal 11-17.

- c) Asas kebebasan berkontrak, yang berhubungan dengan isi dari perjanjian.
- d) Asas itikad baik, yang berhubungan dengan pelaksanaan perjanjian.⁵⁰⁾

2. Perjanjian sewa menyewa

a) Pengertian perjanjian sewa-menyewa

Didalam sistem hukum nasional, sewa menyewa termasuk pada jenis perjanjian bernama yaitu : perjanjian yang mempunyai nama sendiri, yang dikelompokkan sebagai perjanjian-perjanjian khusus. Karena perjanjian sewa menyewa tersebut diatur dan diberi nama oleh pembentuk undang-undang perjanjian bernama terdapat dalam Bab V sampai dengan XVIII KUH Perdata.

Pasal 1548 KUH Perdata menyebutkan, sewa menyewa adalah : Suatu perjanjian dengan nama pihak yang satu mengikatkan dirinya untuk memberikan kepada pihak yang lainnya kenikmatan dari sesuatu barang, selama suatu waktu tertentu dan dengan pembayaran sesuatu harga yang oleh pihak tersebut belakangan itu disanggupi pembayarannya.

⁵⁰⁾ Sudikno Metokusumo, Mengenal Hukum, Liberty, Yogyakarta, 1988, hal. 99

Seperti halnya perjanjian-perjanjian lain pada umumnya, sewa menyewa adalah suatu perjanjian “konsensual” artinya, perjanjiannya sudah sah dan mengikat pada detik tercapainya sepakat mengenai unsur-unsur pokoknya yaitu barang dan harga.

Kewajiban pihak yang satu adalah menyerahkan barangnya untuk dinikmati oleh pihak yang lain, sedangkan kewajiban pihak yang terakhir ini adalah membayar “harga sewa”. Jadi barang yang diserahkan tidak untuk dimiliki seperti halnya dalam jual beli, tetapi hanya untuk dipakai, dinikmati kegunaannya. Dengan demikian maka penyerahan hanya bersifat menyerahkan kekuasaan belaka atas barang yang disewa itu.⁵¹⁾

Oleh karena kewajiban pihak yang menyewakan adalah menyerahkan barang untuk dinikmati dan bukan menyerahkan hak milik atas barang tersebut, maka ia tidak harus pemilik dari barang tersebut. Dengan demikian maka seorang yang mempunyai hak nikmati hasil dapat secara sah menyewakan barang yang dikuasainya dengan hak tersebut.

Menurut Yahya Harahap. M, menyebutkan pengertian perjanjian sewa menyewa (*Huur en Verhuur*) adalah persetujuan antara pihak yang menyewakan dengan pihak penyewa. Pihak yang menyewakan

⁵¹⁾ Subekti R, Aneka Perjanjian, Cetakan Kesembilan, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1992, hal. 40 (Selanjutnya disebut Subekti R. II)

atau pemilik menyerahkan barang yang hendak disewakan kepada penyewa untuk “dinikmati” sepenuhnya (*Volledige Genot*).⁵²⁾

Selanjutnya seperti telah dikatakan, maksud perjanjian sewa menyewa ialah “penikmatan” atas suatu barang dengan jalan membayar sewa untuk suatu jangka waktu tertentu. penikmatan inilah sebagai salah satu unsur yang ditekankan pada pasal 1548 KUH Perdata.

Penikmatan itu tidak terbatas sifatnya. Seluruh kenikmatan yang dapat dikecap dari barang yang disewa, harus diperuntukkan bagi si penyewa. Tentunya si penyewa hanya berhak menikmati bagian yang disewanya, sesuai dengan “identifikasi” yang telah ditentukan dalam perjanjian sewa menyewa.

Pada perjanjian sewa menyewa, hak menikmati barang yang diserahkan kepada si penyewa, hanya terbatas pada suatu jangka waktu tertentu, sesuai dengan lamanya jangka waktu yang ditentukan dalam perjanjian. Tujuan pembayaran sejumlah uang dalam perjanjian sewa menyewa, hanya sebagai imbalan atas hak penikmatan benda yang disewa tersebut.

⁵²⁾ Yahya Harahap, Op.Cit., hal. 220

b) Syarat-syarat Perjanjian Sewa Menyewa

Dari ketentuan pasal 1338 ayat (1) dijelaskan bahwa perjanjian yang mengikat hanyalah perjanjian yang sah. Dengan demikian supaya perjanjian sewa menyewa itu sah harus mempedomi pasal 1320 KUH Perdata.

Atas dasar pengertian perjanjian sewa menyewa dapat kiranya dilihat bahwa sewa menyewa merupakan :

- a. Suatu perjanjian antara pihak yang menyewakan (pada umumnya pemilik barang) dengan pihak penyewa.
- b. Pihak yang menyewa menyerahkan sesuatu barang kepada si penyewa untuk sepenuhnya dinikmati.
- c. Penikmatan berlangsung untuk suatu jangka waktu tertentu dengan pembayaran sejumlah harga sewa yang tertentu pula.⁵³⁾

Adapun mengenai pengertian barang atau benda (*Zaak*) yang disebutkan dalam perjanjian sewa menyewa, harus dibedakan dengan benda / barang yang terdapat dalam hukum kebendaan (*Zaak Recht*). Sebab pengertian benda dalam hukum kebendaan adalah segala barang dan hak yang dapat dijadikan objek hak milik, namun pada perjanjian sewa menyewa barang yang menjadi objek sewa menyewa bukan untuk dimiliki, tetapi hanya untuk dinikmati.

⁵³⁾ Yahya Harahap M, Op. Cit, hal 222

Objek perjanjian sewa menyewa meliputi segala jenis benda, baik atas benda bergerak maupun tak bergerak, benda berwujud maupun tak berwujud, baik yang memakai waktu tertentu maupun yang tidak memakai waktu tertentu oleh karena “waktu tertentu” bukan syarat mutlak untuk perjanjian sewa menyewa.

Mengenai *essensial* harga sewa atau uang sewa, harus ditentukan bersama antara yang menyewakan dengan si penyewa. Karena itu, besarnya uang sewa “harus tertentu” atau sesuatu yang dapat ditentukan. Bisa ditentukan berbentuk sejumlah uang atau berupa prestasi lain. Dengan demikian dalam sewa menyewa tidaklah menjadi keharusan bahwa harga sewa itu berupa uang melainkan dapat juga berupa barang atau jasa. Asalkan telah ditentukan sebagai pembayaran sewa.

Disamping itu perjanjian sewa menyewa sebagai perjanjian konsensual yang bebas bentuknya. Sehingga dapat dengan perjanjian lisan atau tertulis. Anda kata dibuat secara tertulis maka hal ini hanya bersifat sebagai alat bukti apabila terjadi perselisihan.

c) Kewajiban-kewajiban Dalam Perjanjian Sewa Menyewa

1. Kewajiban Pihak Yang Menyewakan

Pasal 1550 KUH Perdata menentukan 3 (tiga) macam kewajiban pihak yang menyewakan. Ketiga macam kewajiban

tersebut merupakan kewajiban yang harus dibebankan pada pihak yang menyewakan, sekalipun hal itu tidak ditentukan dalam perjanjian yaitu :

- a) Kewajiban untuk menyerahkan barang yang disewa kepada pihak penyewa.
- b) Kewajiban pihak yang menyewakan untuk memelihara barang yang disewa selama waktu yang diperjanjikan, sehingga barang yang disewa tadi tetap dapat dipergunakan dan dinikmati sesuai dengan keperluan yang dimaksud pihak penyewa.
- c) Pihak yang menyewakan wajib memberi ketentraman kepada si penyewa menikmati barang yang di sewa, selama perjanjian sewa berlangsung.

Selanjutnya pihak yang menyewakan diwajibkan, selama waktu sewa, menyuruh melakukan pembetulan-pembetulan pada barangnya yang disewakan yang perlu dilakukan. Juga harus menanggungnya terhadap semua cacat dari barang yang disewakan yang merintangai pemakain barang itu dan jika cacat itu telah mengakibatkan sesuatu kerugian bagi si penyewa, maka kepada pihak yang menyewakan diwajibkan memberikan ganti rugi (pasal 1551 dan 1552 KUH Perdata).

Kewajiban memberikan kenikmatan tentram kepada si penyewa dimaksudkan sebagai kewajiban pihak yang menyewakan untuk menanggulangi tuntutan-tuntutan hukum dari kewajiban tersebut tidak meliputi pengamanan terhadap gangguan-gangguan fisik. Hal ini ditegaskan dalam pasal 1556 KUH Perdata yang menyebutkan :

Pihak yang menyewakan tidaklah diwajibkan menjamin si penyewa terhadap rintangan-rintangan dalam kenikmatannya yang dilakukan oleh orang-orang pihak ketiga dengan peristiwa-peristiwa tanpa memajukan sesuatu hak atas barang yang disewa, dengan tidak mengurangi hak si penyewa untuk menuntut sendiri orang itu.

Adapun mengenai penyerahan benda pada perjanjian sewa menyewa adalah penyerahan nyata. Yang menyewakan harus melakukan tindakan, oleh karena dalam sewa menyewa pihak yang menyewakan hanya wajib melakukan penyerahan nyata namun tidak dapat dituntut penyerahan yuridis. Hal ini sesuai dengan kedudukan penyewa atas barang yang disewa, dimana si penyewa bukan berkedudukan sebagai pemilik dan tidak perlu sebagai *bezitter*. Jadi penyerahan nyata dimaksudkan, dengan jalan menyerahkan barang dibawah penguasaan si penyewa.

2. Kewajiban-kewajiban Pihak Penyewa

Berdasarkan ketentuan pasal 1560 KUH Perdata, pihak penyewa memiliki kewajiban-kewajiban utama yaitu :

- a. Membayar atau melunasi uang sewa sesuai dengan jumlah dan waktu yang telah ditentukan. Pembayaran berlangsung sejak saat dimulainya sampai berakhirnya perjanjian sewa menyewa. Mengenai tempat dilakukan pembayaran sewa, harus berpedoman kepada pasal 1393 KUH Perdata yang menentukan bahwa pelaksanaan perjanjian harus dilakukan di tempat kreditur. Dari ketentuan pasal tersebut, maka pembayaran sewa menyewa harus dilakukan di tempat penyewa di tempat kedudukan yang menyewakan.
- b. Memakai barang yang disewa secara patut sesuai dengan tujuan yang ditentukan dalam perjanjian. Penyewa harus mempergunakan barang yang disewa menurut kepatutan sesuai dengan tujuan perjanjian. Tentang menentukan tujuan pemakaian harus ditetapkan dalam perjanjian. Jika dalam perjanjian tidak ada ditetapkan, maka dapat berpedoman pada keadaan dan kebiasaan yang umum serta kepatutan.
- c. Penyewa wajib menanggung segala kerusakan yang terjadi selama masa sewa menyewa kecuali jika penyewa dapat membuktikan bahwa kerusakan tersebut bukan karena

kesalahannya tetapi terjadi di luar kekuasaannya (pasal 1564 KUH Perdata).

- d. Mengembalikan barang yang disewa kepada yang menyewakan pada saat berakhirnya perjanjian sewa menyewa. Pengembalian ini dapat disimpulkan dari ketentuan pasal 1562 dan 1563 KUH Perdata, yang mewajibkan penyewa untuk mengembalikan barang yang disewa kepada yang menyewakan, sebagaimana keadaan barang itu sesuai dengan keadaan waktu diserahkan ke tangan si penyewa.

d) Resiko Perjanjian Sewa Menyewa

Terlebih dahulu perlu dipahami apa yang dimaksud dengan resiko. Resiko adalah : kewajiban memikul kerugian yang disebabkan oleh kejadian (peristiwa) di luar kesalahan salah satu pihak. Pihak yang menderita karena barang yang menjadi obyek perjanjian ditimpa oleh kejadian yang tak disengaja tersebut dan diwajibkan memikul kerugian itu tanpa adanya keharusan bagi pihak lawannya untuk mengganti kerugian, dinamakan pihak yang memikul resiko atas barang tersebut.⁵⁴⁾

⁵⁴⁾ Subekti II, Op. Cit, hal. 25

Persoalan tentang resiko itu berawal pada terjadinya suatu peristiwa diluar kesalahan salah satu pihak. Peristiwa ini dalam hukum perjanjian diistilahkan dengan “keadaan memaksa” (*Overmacht, Force Majeur*). Dengan demikian masalah resiko itu merupakan akibat dari persoalan tentang keadaan memaksa, suatu kejadian yang tak disengaja dan tak dapat diduga.

Menurut pasal 1553 KUH Perdata dalam perjanjian sewa menyewa itu resiko mengenai barang yang dipersewakan dipikul oleh si pemilik barang, yaitu pihak yang menyewakan. Dari pasal tersebut dapat disimpulkan bahwa, apabila barang yang disewa itu musnah karena suatu peristiwa yang terjadi di luar kesalahan salah satu pihak, maka perjanjian sewa menyewa gugur demi hukum. Dengan demikian masing-masing pihak sudah tidak dapat menuntut sesuatu apa dari pihak lawannya, hal ini berarti bahwa kerugian akibat musnahnya barang yang dipersewakan dipikul sepenuhnya oleh pihak yang menyewakan karena pada dasarnya setiap pemilik barang wajib menanggung segala resiko atas barang miliknya.

Dengan memperhatikan pasal 1553 KUH Perdata, yang telah menjelaskan mengenai kemungkinan musnahnya barang yang disewa, sebagai akibat suatu kejadian yang tiba-tiba yang tak dapat dielakkan. Jadi apabila barang yang disewakan musnah dalam jangka waktu masa

perjanjian sewa masih berlangsung, maka ada beberapa kemungkinan musnahnya barang tersebut sebagai berikut :

a. Musnahnya seluruh barang

Apabila yang musnah itu seluruh barang dengan sendirinya menurut hukum, perjanjian sewa menyewa “gugur” atau dengan kata lain dengan sendirinya menggugurkan sewa menyewa. Dan resiko kerugian dibagi dua antara pihak yang menyewa dengan pihak penyewa. Yang dimaksud dengan musnahnya seluruh barang adalah secara pasti materi barang tidak dapat lagi ditunjukkan wujudnya.

b. Musnahnya sebagian barang

Apabila yang musnah hanya sebagian saja, si penyewa dapat memilih :

- Meminta pengurangan harga sewa sebanding dengan bagian yang musnah.
- Atau menuntut pembatalan perjanjian sewa.⁵⁵⁾

e) Berakhirnya Perjanjian Sewa Menyewa

Secara umum undang-undang memberi beberapa ketentuan tentang berakhirnya perjanjian sewa menyewa. Dan akibat yang dari

⁵⁵⁾ Yahya Harahap, M, Op. Cit, hal. 235

berakhirnya sewa menyewa adalah pengosongan atau pengembalian barang yang disewa.

Pada dasarnya perjanjian sewa menyewa berakhir antara lain :

1. Berakhir sesuai dengan jangka waktu yang ditentukan secara tertulis (pasal 1576 KUH Perdata)

Dalam perjanjian sewa menyewa demikian dengan sendirinya berakhir sesuai dengan batas waktu yang ditentukan oleh para pihak. Jadi perjanjian sewa berakhir tepat pada saat yang telah ditetapkan dan tidak perlu lagi diakhiri dengan surat lain.

2. Berakhir dalam waktu tertentu yang diperjanjikan secara lisan (pasal 1547 KUH Perdata) yaitu :

Perjanjian sewa menyewa dalam jangka waktu tertentu, tetapi dilakukan dengan lisan. Maka perjanjian seperti ini berakhirnya sewa menyewa tidak berakhir tepat pada waktu yang diperjanjikan, melainkan setelah adanya pemberitahuan dari salah satu pihak, yang menyatakan kehendak mengakhiri sewa menyewa. Pemberitahuan itu harus memperhatikanjangkauan waktu yang layak menurut kebiasaan setempat.

3. Pengakhiran perjanjian sewa menyewa, baik tertulis maupun dengan lisan yang tidak ditentukan batas waktu berakhirnya

Dalam bentuk perjanjian sewa menyewa seperti ini secara umum dapat dikatakan bahwa : penghentian dan berakhirnya berjalan

sampai pada saat yang dianggap pantas oleh kedua belah pihak, karena undang-undang tidak mengatur cara penghentian atau berakhirnya perjanjian sewa menyewa tanpa batas waktu ini. Karena itu sebaiknya diserahkan kepada penghentian yang selayaknya bagi kedua belah pihak, yang selayaknya berpedoman kepada kepatutan dan kebiasaan setempat.

4. Ketentuan khusus pengakhiran sewa

Pasal 1579 KUH Perdata menentukan, pihak yang menyewakan tidak boleh mengakhiri sewa atas alasan, mau dipakai sendiri barang yang disewakan. Kecuali hal ini telah ditentukan terlebih dahulu dalam perjanjian. Hal ini tidak berarti pihak yang menyewakan mempunyai hak untuk mengakhiri sewa menyewa atas alasan untuk dipakai sendiri.⁵⁶⁾

Disamping itu berdasarkan pasal 1576 KUH Perdata disebutkan bahwa : penjualan barang yang disewakan kepada pihak ketiga tidak mengakibatkan putusanya hubungan perjanjian sewa menyewa, perjanjian sewa menyewa dengan sendirinya menurut hukum, tetap melekat pada barang yang dijual. Karena pemilik atau yang menyewakan dalam menggunakan haknya atas barang yang telah

⁵⁶⁾ Yahya Harahap. M, Op. Cit, hal. 241

disewakan tersebut tidak boleh merugikan pihak penyewa sebagai perlindungan terhadap si penyewa.

f) Dokumen Perjanjian Sewa Menyewa

Sebagaimana lazimnya, dalam pembuatan suatu perjanjian tentunya akan dimulai dengan hal-hal yang bersifat fundamental. Sudah selayaknya perjanjian dibuat secara detail dan komprehensif dan tidak mengandung perumusan-perumusan yang mengandung keraguan.

KUH Perdata memberikan kebebasan kepada pihak-pihak apakah membuat perjanjian secara tertulis atau secara lisan, asalkan memenuhi syarat-syarat yang diatur pasal 1320 KUH Perdata. Jadi perjanjian tidak harus dibuat tertulis. Namun perjanjian lisan didalam bisnis kurang memadai karena apabila terjadi sengketa sulit dijadikan sebagai alat bukti atau dokumen perjanjian.

Dilihat dari syarat-syarat sahnya perjanjian, dapat dibedakan bagian-bagian dari perjanjian yaitu bagian inti yang disebut *esensialia* dan bagian non-inti yang terdiri dari *naturalia* dan *aksidentalias*, yang merupakan isi dari dokumen perjanjian pada umumnya.

Meskipun sewa menyewa adalah suatu perjanjian konsensual, namun oleh undang-undang diadakan perbedaan dalam akibat-

akibatnya antara perjanjian sewa menyewa tertulis dan perjanjian lisan.

Jika perjanjian sewa menyewa itu diadakan secara tertulis maka penyiapan *draft* dokumen yang tepat dan baik sangat terkait dengan pelaksanaannya. Akibat dari perjanjian sewa menyewa yang diadakan secara tertulis adalah sewa menyewa itu berakhir demi hukum (otomatis) apabila waktu yang ditentukan dalam perjanjian yang bersangkutan sudah berakhir, tanpa diperlukan sesuatu pemberitahuan untuk itu.

Namun sebaliknya, kalau perjanjian sewa menyewa tidak dibuat dengan tulisan (lisan), maka perjanjian itu tidak berakhir pada waktu yang ditentukan, melainkan jika yang menyewakan memberitahukan kepada si penyewa bahwa ia hendak menghentikan sewanya, dengan mengindahkan jangka waktu yang sesuai menurut kebiasaan setempat. Jika tidak ada pemberitahuan seperti itu, maka dianggap bahwa perjanjian itu diperpanjang untuk waktu yang sama dengan perjanjian sebelumnya.

Perihal perjanjian sewa menyewa secara tertulis ini diatur dalam pasal 1570 KUH Perdata bahwa :

Jika sewa dibuat dengan tulisan, maka sewa itu berakhir demi hukum, apabila waktu yang ditentukan telah lampau, tanpa diperlukannya sesuatu pemberhentian untuk itu.

Dengan demikian perjanjian sewa menyewa tertulis, baik yang dibuat dibawah tangan maupun akta otentik biasanya dokumen perjanjiannya akan memuat bagian-bagian sebagai berikut :

- a. Judul
- b. Kepala
- c. Komparasi
- d. Sebab / dasar, dari perjanjian sewa menyewa
- e. Syarat-syarat dan berakhirnya perjanjian
- f. Penutup.

B. Tinjauan Terhadap Perjanjian Kerjasama Investasi

1. Perjanjian Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer*)

a. Pengertian Perjanjian Bangun Guna Serah

Pengertian baku perjanjian bangun guna serah sampai saat sekarang belum ada. Hal ini disebabkan antara lain bahwa perjanjian bangun guna serah memang merupakan cara baru dalam hukum perjanjian, untuk membiayai pembangunan suatu proyek berskala besar terutama pembangunan proyek infrastruktur, seperti yang dilakukan oleh pemerintah dalam membiayai pembangunan proyek jalan tol atau pembangunan proyek jaringan telekomunikasi dan pembiayaan pembangunan proyek-proyek sarana dan prasarana pemerintah lainnya atau pembiayaan dan investasi pembangunan

suatu *cottage* atau hotel serta pembangunan proyek-proyek lain yang dilakukan oleh pihak swasta.

Didalam pembiayaan pembangunan proyek infrastruktur dengan perjanjian bangun guna serah, pemilik proyek baik pemerintah maupun swasta, memberi kesempatan kepada investor untuk membangun proyek yang bersangkutan. Kemudian investor dalam jangka waktu tertentu diberi hak eksklusif, yaitu suatu konsesi untuk mengelola dan mengambil manfaat ekonomi dari hasil pembangunan proyek bersangkutan dengan maksud hasil pengelolaannya sebagai ganti biaya yang telah dikeluarkan. Pada akhir jangka waktu konsesi investor menyerahkan hak pengelolaan dan kepemilikan proyek pembangunan tersebut kepada pemilik lahan.

Bangun guna serah (*build operate and transfer*) adalah :

Suatu sistem pembiayaan (biasanya diterapkan pada proyek pemerintah) berskala besar dalam studi kelayakan pengadaan barang dan peralatan, pembiayaan dan pembangunan serta pengoperasiannya, sekaligus juga penerimaan atau pendapatan yang timbul darinya diserahkan kepada pihak lain dan pihak lain ini dalam jangka waktu tertentu (jangka waktu konsesi) diberi hak pengoperasian dan memeliharanya serta untuk mengambil manfaat ekonominya guna

menutup (sebagai ganti) biaya pembangunan proyek dan memperoleh keuntungan yang diharapkan.⁵⁷⁾

Menurut Andjar P. Wirana, perjanjian bangun guna serah (*build operate and transfer* selanjutnya disingkat BOT) adalah : suatu perjanjian baru, dalam arti peraturan perundang-undangan secara khusus tidak mengatur masalah ini yaitu :

Dimana pemilik hak eksklusif atau pemilik lahan menyerahkan studi kelayakan, pengadaan barang dan peralatan, pembangunan serta pengoperasian hasil pembangunannya kepada investor, dan investor ini dalam jangka waktu tertentu diberi hak mengoperasikan, memelihara serta mengambil manfaat ekonomi dari bangunan bersangkutan dengan maksud untuk mengganti biaya yang telah dikeluarkan investor dalam membangun proyek tersebut, kemudian setelah jangka waktu tersebut selesai bangunan beserta fasilitas yang melekat padanya diserahkan kepada pemilik hak eksklusif atau pemilik lahan.⁵⁸⁾

Selanjutnya yang dimaksud dengan pemilik hak eksklusif adalah pihak yang memiliki hak untuk mengoperasikan sesuatu berdasarkan peraturan perundang-undangan.

⁵⁷⁾ Felix O. Soebagjo, Laporan Akhir: Pengkajian Aspek Hukum Perjanjian Build Operate and Transfer, BPHN, Departemen Kehakiman RT, 1993/1994.

⁵⁸⁾ Andjar Pacht Wirana, Laporan Akhir Penelitian Tentang Aspek Hukum Perjanjian Build Operate dan Transfer (BOT), BPHN, 1994/1995.

Munir Fuady menyebutkan pengertian perjanjian / kontrak BOT adalah :

Kontrak dimana pihak kontraktor menyerahkan bangunan yang sudah dibangunnya itu setelah masa transfer, sementara sebelum proyek tersebut diserahkan, ada masa tenggang waktu bagi pihak kontraktor (misalnya 20 tahun) yang disebut dengan “masa konsepsi” untuk mengoperasikan proyek dan memungut hasil (*revenue* sebagai imbalan dari jasa membangun proyek bersangkutan).⁵⁹⁾

Dalam SK. Menteri Keuangan RI, No. 248 / KMK. 0411995 tentang Perlakuan pajak penghasilan terhadap pihak-pihak yang melakukan kerjasama dalam bentuk perjanjian bangun guna serah (BOT), pasal 1, menyebutkan pengertian bangun guna serah (BOT) adalah :

Bentuk perjanjian kerjasama yang dilakukan antara pemegang hak atas tanah memberikan hak kepada investor untuk mendirikan bangunan selama masa perjanjian bangun guna serah (BOT), dan mengalihkan kepemilikan bangunan tersebut kepada pemegang hak atas tanah setelah masa bangun guna serah berakhir.

Lebih lanjut Clifford W. Gorstang, menyebutkan bahwa BOT adalah :

⁵⁹⁾ Munir Fuady (II), Kontrak Pembangunan Mega Proyek, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1998, hal. 51

Is a variety of type of project financing known as contractor provided financing. In the standard contractor provided financing, a project entity may request proposals for the construction of a project pursuant to which the contractor will not only provided the materials and services needed to complete the project but will also provide or at least arrange the necessary financing. In the BOT variety the contractor will also need to operate the project and use its cash flows to repay the debt it has incurred.⁶⁰⁾

Dengan demikian menurut Budi Santoso, BOT adalah :

Salah satu bentuk perjanjian pembiayaan proyek yang mana kontraktor harus menyediakan sendiri pendanaan untuk proyek tersebut juga kontraktor menanggung pengadaan material, peralatan dan jasa lain yang dibutuhkan untuk kelengkapan proyek tersebut. Sebagai gantinya kontraktor diberi hak untuk mengoperasikan dan mengambil manfaat ekonominya sebagai ganti atas semua biaya yang telah dikeluarkan untuk selama waktu tertentu.⁶¹⁾

Dalam konteks pengadaan infrastruktur maka BOT tidak lain adalah sebuah kontrak antara pemilik proyek (pemerintah atau swasta) dan pihak lain sebagai operator / pelaksana proyek. Dalam hal ini

⁶⁰⁾ Clifford W. Garstang, Sidley & Austin Singapore, BOT Arrangements, BOT & Project Finance Schemes Conference, October. 7, 1992, Jakarta.

⁶¹⁾ Budi Santoso (I), Memberdayakan Sektor Swasta dalam Pembiayaan Proyek Dengan Sistem BOT (Build Operate and Transfer), Masalah-masalah Hukum, Majalah Ilmiah FH UNDIP, Edisi III / Juli – September 1998.

pemilik proyek memberikan hak pada operator untuk membangun sebuah proyek dan mengoperasikannya untuk jangka waktu tertentu dan mengambil seluruh atau sebagian keuntungan untuk selama waktu tertentu dan pada akhir masa kontrak harus mengembalikan proyek tersebut pada pemilik proyek.

b. Unsur-unsur Perjanjian Bangun Guna Serah

Perbedaan utama perjanjian bangun guna serah (BOT) dengan perjanjian pembiayaan proyek lainnya adalah pada masalah konsesi, yaitu konsesi antara pemilik proyek dengan pelaksana proyek. Kontrak konsesi demikian memberikan hak pada kontraktor investor untuk membangun dan mengoperasikan proyek serta mengambil keuntungan dalam jangka waktu tertentu.

Dengan memahami pengertian perjanjian bangun guna serah (BOT) secara baik maka akan dapat dipertimbangkan pemanfaatan perjanjian ini dalam pembangunan infrastruktur maupun pembangunan tempat-tempat usaha lainnya.

Berdasarkan pengertian yang telah diuraikan sebelumnya maka tampak beberapa unsur yang ada dalam perjanjian bangun guna serah (BOT) yaitu sebagai berikut :

- 1) Adanya pihak sebagai pemegang hak eksklusif, biasanya dalam hal ini pemerintah c.q departemen / lembaga pemerintah non

departemen (disingkat LPND), ataupun pihak swasta lain sebagai pemilik sebidang tanah yang letaknya strategis dikawasan bisnis.

- 2) Hak eksklusif yang dimiliki departemen / LPND ataupun tanah yang letaknya strategis dikawasan bisnis tersebut perlu (segera) diwujudkan phisik bangunannya untuk pelayanan masyarakat.
- 3) Untuk mewujudkan phisik bangunan, baik yang timbul dari hak eksklusif ataupun bangunan yang diperlukan diatas tanah dikawasan bisnis tersebut (keduanya bisa disebut proyek infrastruktur, karena perlu dana yang cukup besar) diperlukan dana yang cukup besar.
- 4) Dana untuk mewujudkan proyek infrastruktur tersebut tidak tersedia di APBN (anggaran pendapatan dan belanja negara) departemen / LPND bersangkutan, ataupun pemilik tanah dikawasan bisnis tersebut tidak cukup memiliki dana untuk membangun proyek infrastrukturnya.
- 5) Sebagai ganti atas dana yang dikeluarkan oleh investor untuk membangun proyek infrastruktur tersebut kepada investor dalam jangka waktu tertentu (jangka waktu konsesi) diberi hak untuk mengelola bangunan phisik bersangkutan guna diambil manfaat ekonominya dengan pola bagi hasil dengan pemilik hak eksklusif ataupun pihak swasta pemilik tanah.

6) Dengan lewatnya jangka waktu konsesi, maka tanah, bangunan beserta sarana dan prasarananya diserahkan kepada pemilik hak eksklusif ataupun pemilik tanah bersangkutan untuk dikelola lebih lanjut.⁶²⁾

c. Pihak-pihak yang terlibat dalam perjanjian bangun guna serah

Perikatan adalah hubungan hukum yang terjadi diantara 2 (dua) orang atau lebih, yang terletak didalam lapangan harta kekayaan, dimana pihak yang satu berhak atas prestasi dan pihak lainnya wajib memenuhi prestasi selanjutnya hubungan hukum itu merupakan hubungan yang terhadapnya hukum melekatkan hak pada 1 (satu) pihak yang melekatkan kewajiban pada pihak lainnya.

Apabila hubungan hukum diatas ditelusuri lebih jauh lagi maka hubungan hukum itu harus terjadi antara 2 (dua) orang atau lebih. Pihak yang berhak atas prestasi, adalah kreditur atau yang berpiutang dan pihak yang wajib memenuhi prestasi, adalah debitur. Mereka ini yang disebut subyek perikatan.⁶³⁾

Perjanjian bangun guna serah, sebagai perikatan yang lahir dari hubungan hukum antara pemilik hak eksklusif (swasta) dengan investor untuk tujuan memperoleh keuntungan yang diharapkan.

⁶²⁾ Andjar Pacht Wirana, Op. Cit, Hal. 8

⁶³⁾ Mariam Darus Badruzaman, dkk; Op.Cit, hal. 3

Yang dimaksud dengan para pihak didalam perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) adalah antara para pihak pemilik lahan strategis (swasta) dengan pihak investor dan antara pemilik hak eksklusif (pemerintah), kemudian disebut pihak pertama dengan pihak investor, kemudian disebut sebagai pihak kedua.⁶⁴⁾

Dengan demikian para pihak yang mengadakan perjanjian dalam perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) tersebut adalah :

1. Pihak Pertama

a) Pemilik lahan strategis (swasta)

Yang dimaksud sebagai pemilik lahan strategis (swasta) disini adalah pihak yang menyediakan tanah yang letaknya strategis pada jalur perekonomian ataupun yang letaknya sangat mungkin diambil manfaat ekonominya secara besar.

b) Pihak pemilik hak eksklusif (pemerintah)

Lain halnya dengan pihak pemilik hak eksklusif (pemerintah) dalam perjanjian Bangun Guna Serah (BOT). Dalam hal ini yang dimaksud sebagai pihak pemilik hak eksklusif (pemerintah) adalah suatu badan hukum pemerintah yang berdasarkan suatu peraturan perundang-undangan memiliki hak untuk menjalankan suatu usaha tertentu, sebagai

⁶⁴⁾ Andjar Pachta Wirana, Op. Cit, hal. 29

pelaksanaan pasal 33 UUD 1945 misalnya : pemerintah daerah dan BUMDnya, BUMN yang memiliki hak untuk mengelola satu unit usaha. Oleh karena hak kelola tersebut dimiliki atau diberikan berdasarkan peraturan perundang-undangan, maka hak itu dinamakan hak eksklusif yang dalam pembangunan unit usahanya tersebut dapat dilakukan dengan sistem Bangun Guna Serah (BOT).

2. Pihak Kedua

Yang dimaksud sebagai pihak kedua disini adalah investor yang menanamkan dananya untuk membangun proyek yang dibiayai dengan sistem Bangun Guna Serah (BOT), yang dalam hal ini bisa perorangan, bisa suatu badan usaha, bukan badan hukum, bisa suatu badan hukum atau suatu kumpulan badan hukum yang menyediakan dana untuk membiayai obyek perjanjian bangun guna serah (BOT).

Dengan demikian para pihak yang mengadakan perjanjian dalam perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) tersebut adalah :

Dasar Hukum Perjanjian Bangun Guna Serah

Dasar hukum yang digunakan oleh para pihak untuk membuat perjanjian kerjasama investasi dengan sistem Bangun Guna Serah (BOT) ini adalah :

- a. Kitab Undang Hukum Perdata (KUH Perdata) yaitu :
 - Pasal 1233 sampai dengan 1403 mengenai perjanjian.
 - Pasal 1548 sampai dengan 1600 mengenai sewa menyewa.
- b. Peraturan perundang-undangan yang menjadi dasar hukum pendirian departemen (BUMN) maupun BUMD.
- c. Undang-undang Pokok Agraria (UU. No. 5 tahun 1960) dan peraturan-peraturan pelaksanaannya.
- d. Undang-undang No. 1 tahun 1967 yang telah diperbaharui dengan UU No. 11 tahun 1970 tentang penanaman modal asing dan peraturan-peraturan pelaksanaannya.
- e. Keputusan Menteri Keuangan RI. No. 248 / KMK. 04 / 1995 tentang perlakuan pajak penghasilan terhadap pihak-pihak yang melakukan kerjasama dalam bentuk perjanjian bangun guna serah (*built operate and transfer*).

2. Perjanjian Build Operate Own (BOO)

Berbeda dengan sistem BOT, dalam Sistem Build Operate Own (BOO), setelah selesai pembangunan proyek tersebut, maka kepemilikan proyek yang bersangkutan justru beralih kepada investor. Sementara dalam masa operasi (konsesi), pihak investor wajib membayar semacam sewa kepada pihak pemilik. Dengan demikian pihak pemilik hanya menerima imbalan atas penyerahan proyek yang bersangkutan untuk

kemudian bahkan kepemilikannya diserahkan kepada pihak kontraktor. Dibandingkan dengan sistem BOT; Sistem BOO ini tergolong jarang dilaksanakan.⁶⁵⁾

3. Perjanjian Build Own Operate Transfer (BOOT)

Kadangkala perjanjian ini dilakukan sebagai perpaduan antara model perjanjian BOT dengan model perjanjian BOO. Dengan sistem BOOT ini, pihak investor juga mempunyai masa tertentu setelah selesainya pembangunan proyek untuk mengoperasikan sambil memungut hasil revenue sebagai imbalan dari jasanya dalam membangun proyek yang bersangkutan.⁶⁶⁾

Bedanya dengan model perjanjian BOT, dalam sistem BOOT, kedudukan pihak investor dalam masa operasi tidak hanya sebagai operator saja, melainkan sudah merupakan pemilik dari proyek yang bersangkutan, walaupun nantinya kepemilikan dan penguasaan atas proyek tersebut setelah masa operasi berakhir diserahkan kembali kepada pihak pemilik.

Dengan demikian, dalam masa operasi kedudukan pihak investor lebih kuat dari pada dalam sistem BOT, karena pada saat itu kontraktor sudah merupakan pemilik dari proyek yang bersangkutan.

⁶⁵⁾ Munir Fuady (II), Op. Cit. hal 53

⁶⁶⁾ Munir Fuady (II), Loc. Cit.

Hal ini penting artinya bagi investor, misalnya dalam hal pencarian dana dari pihak ketiga, maka proyek yang bersangkutan sudah langsung dapat menjadi jaminan hutangnya dan kedudukan kreditur menjadi semakin kuat.

4. Perjanjian Build Transfer Operate (BTO)

Perjanjian kerjasama dengan Sistem Build Transfer Operate (BTO) ini sebenarnya merupakan variasi dari sistem BOT (Build Operate Transfer). Dalam sistem BTO, begitu selesai pembangunan proyek tersebut, langsung saja proyek yang bersangkutan diserahkan kepada pihak pemilik.⁶⁷⁾

Dengan demikian segala resiko yang timbul setelah penyerahan tersebut menjadi tanggung jawab sepenuhnya dari pihak pemilik. Kemudian pihak pemilik mempersilahkan pihak investor untuk mengoperasikan bangunan tersebut termasuk memungut hasil/revenue dari proyek tersebut untuk jangka waktu tertentu, yang merupakan imbalan dari pelaksanaan pembangunan proyek tersebut.

Jadi hal tersebut berbeda dengan sistem BOT yang serah terima proyek baru dilakukan setelah berakhirnya hak operasional dari pihak investor selama masa konsesi.

⁶⁷⁾ Munir Fuady (III), Op. Cit. hal 55

5. Perjanjian Kerjasama Operasi (KSO)

Pada prinsipnya, 'Sistem Kerjasama Operasi (KSO) ini melakukan operasional proyek secara bersama antara pemilik dengan investor, dengan hasil dibagi antara kedua belah pihak. Apabila pihak pemilik harus pula menaruh equity-nya, maka dibentuk suatu joint venture company, sehingga yang terbentuk adalah usaha patungan, sementara hasilnya akan dibagi sesuai dengan share masing-masing dalam perusahaan patungan tersebut, misalnya dalam bentuk deviden.⁶⁸⁾

Pada umumnya setelah terbentuk badan kerjasama operasi atau perusahaan patungan maka badan atau perusahaan ini akan mencari dana baru pinjaman yang akan dipakai sebagai dana untuk membangun proyek yang bersangkutan. Pinjaman tersebut akan dibayar oleh badan kerjasama operasi atau perusahaan patungan tersebut yang diambil dari hasil operasional proyek yang bersangkutan. Dengan demikian pihak investor berkewajiban menyerahkan equity dan bersama-sama dengan pihak pemilik menyelesaikan proyek yang bersangkutan.

Dalam rangka mengupayakan mobilisasi dana swasta untuk pembiayaan pembangunan infrastruktur pemerintah telah mengeluarkan Inpres 5/1988 dan keputusan Menteri Keuangan No. 740/KMK. 00/1989 yang intinya mengatur dan mendorong kemitraan sektor pemerintah

⁶⁸⁾ Munir Fuady (II), Op. Cit. hal 56

swasta dalam bentuk Kerjasama Operasi (KSO), kontrak manajemen, usaha patungan, maupun penempatan saham BUMN melalui pasar modal atau direct placement.⁶⁹

C. Pemanfaatan Perjanjian Bangun Guna Serah (BOT)

1. Pemanfaatan Ekonomis Perjanjian Bangun Guna Serah (BOT)

Krisis ekonomi yang menerpa Indonesia sejak awal 1998 sangat dirasakan pada kemampuan pemerintah untuk mendanai proyek pembangunan yang telah dijadwalkan, menurunnya kemampuan pemerintah dalam menyediakan anggaran untuk pengadaan sarana dan prasarana sangat dirasakan pengaruhnya bagi pemerintah daerah kabupaten / kota dalam merealisasi proyek pembangunan yang sangat dibutuhkan rakyat banyak.

Salah satu alternatif pembiayaan proyek yang dapat dilakukan adalah dengan mengundang pihak swasta untuk berpartisipasi dalam pengadaan proyek pemerintah dengan sistem Bangun Guna Serah (BOT) karena sistem perjanjian ini banyak menawarkan kelebihan bagi pihak – pihak yang terkait daripada dengan sistem yang lainnya.

Disamping itu pemanfaatan ekonomis dari perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) ini dapat mengembangkan, meningkatkan dan

⁶⁹ LPPN/INDES, Op. Cit. Hal 133

memperlancar pembangunan pariwisata di Indonesia, khususnya di Bali. Oleh karena untuk membangun sarana fisik yang berupa gedung kantor, hotel, apartemen, cottage, rumah kontrakan dan pusat pertokoan beserta prasarananya (jalan tol, sistem transportasi, sarana telekomunikasi dan pembangkit tenaga listrik) memerlukan biaya yang tidak sedikit jumlahnya, sehingga bagi seseorang ataupun anggota masyarakat maupun pemerintah yang memiliki atau menguasai lahan strategis untuk kegiatan bisnis, namun tidak memiliki daya guna mewujudkan tempat berbisnis, mempunyai kecendrungan untuk menjalin kerjasama dengan pihak investor untuk membiayai pembangunan sarana maupun prasarana tersebut dengan sistem Bangun Guna Serah (BOT).

Akhir-akhir ini begitu banyak bermunculan tipe-tipe kontrak pemborongan, yang umumnya disesuaikan dengan sistem pembiayaannya. Banyak corak ragam tersebut merupakan hasil kreasi para pelaku dalam bisnis konstruksi untuk menjawab tuntutan dan perkembangan bisnis konstruksi tersebut ada yang merupakan kombinasi dan dari beberapa pola tradisional. Tetapi banyak pula yang merupakan benar-benar produk baru sama sekali seperti kontrak Bangun Guna Serah (BOT) yang benar-benar merupakan model yang dahulunya belum pernah ada.

Model kontrak konstruksi Bangun Guna Serah (BOT) sangat banyak dipraktekkan dewasa ini. Dengan kontrak Bangun Guna Serah

(BOT), pihak kontraktor menyerahkan bangunan yang sudah dibangunnya itu setelah masa transfer, sementara sebelum proyek tersebut diserahkan, ada masa tenggang waktu bagi pihak konstruktor (misalnya 30 tahun) yang disebut dengan masa konsesi, untuk mengoperasikan proyek dan memungut hasil / revenue sebagai imbalan dari jasa membangun proyek yang bersangkutan. Dengan demikian proyek yang cocok untuk kontrak BOT adalah proyek-proyek yang menghasilkan revenue yang cepat.⁷⁰⁾

Ada beberapa keuntungan yang diperoleh dari pemanfaatan perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) yaitu :

- 1) Keuntungan bagi pihak swasta pemilik lahan.
 - a. Pemilik lahan dengan tidak mengeluarkan biaya pada saat berakhirnya perjanjian BOT akan memiliki bangunan;
 - b. Pemilik lahan serasa terentaskan dari kemiskinan karena disamping akan mendapat bangunan, biasanya juga mendapat uang dan dengan uang itu bisa dimanfaatkan untuk usaha lain untuk meningkatkan taraf hidupnya.

- 2) Keuntungan bagi pemerintah

Beberapa keuntungan yang akan diperoleh pemerintah c.q departemen bersangkutan dalam membiayai proyek infrastrukturnya antara lain :

⁷⁰⁾ Munir Fuady, Op.Cit, hal 51

- a. Pemerintah dapat mengurangi penggunaan dana APBN, APBD dan mengurangi jumlah pinjaman;
- b. Menguntungkan secara finansial dan administratif.
- c. Pada akhir masa pengelolaan oleh pihak investor, segala bangunan dan fasilitas yang ada diserahkan kepada pemerintah;
- d. Tidak menimbulkan beban utang bagi pemerintah;
- e. Membuka lapangan kerja baru;
- f. Mempercepat proses alih teknologi terutama jika investor dari luar negeri.

3) Keuntungan bagi investor

- a. Membuka kesempatan kepada investor, untuk memasuki bidang-bidang usaha yang semula hanya diberikan atau dikelola oleh pemerintah atau BUMN;
- b. Memperluas usaha atau ekspansi kebidang-bidang usaha yang mempunyai prospek baik dan menguntungkan;
- c. Menciptakan bidang dan iklim usaha yang baru;
- d. Dapat memanfaatkan lahan-lahan strategis.

2. Pemanfaatan Non Ekonomi Perjanjian Bangun Guna Serah

Kerjasama investasi melalui perjanjian Bangun Guna Serah (BOT), disamping dimanfaatkan untuk kepentingan pembangunan

bidangn ekonomi, juga dapat dimanfaatkan untuk kebutuhan pembangunan non-ekonomi yang pada prinsipnya meliputi :

a. Pemanfaatan lahan-lahan terlantar

Penelantaran tanah sebagai akibat terbatasnya anggaran pembiayaan sering terjadi, baik tanah-tanah sebagai aset / modal pemerintah daerah (Pemda) yang menguasai tanah dengan hak pakai, hak pengelolaan atau sebagai pemegang hak eksklusif maupun tanah-tanah hak milik yang dikuasai oleh swasta.

Akibat penelantaran tanah ini telah banyak terjadi pemanfaatan oleh penggarap-penggarap liar yang pada akhirnya akan menimbulkan sengketa-sengketa tanah baik antara sesama penggarap, antara penggarap dengan pemilik swasta maupun pemerintah.

Dari kondisi tersebut kiranya, menetralsir pemanfaatan lahan secara efektif dan efisien dapat dilakukan dengan cara mengundang investor untuk kerjasama dalam memanfaatkan lahan-lahan melalui perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) karena kerjasama pembangunan dengan cara (BOT) dapat dilakukan tanpa ada pengalihan hak atas tanah. Pihak investor dalam jangka waktu yang diperjanjikan mendapat kesempatan untuk memperoleh kembali dana yang diinvestasikan dan mendapatkan keuntungan selama masa konsesi dan masa enjoyment.

- b. Pemanfaatan lahan sebagai upaya mengurangi eksploitasi lahan yang berimplikasi pada struktur kependudukan dan pembangunan budaya daerah. Dimana pemanfaatan kerjasama investasi melalui perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) sebagaimana telah diuraikan diatas, tidak mengubah status tanah, tidak mengalihkan hak atas tanah dan yang terjadi hanya pengelolaan tanahnya saja. Sehingga pembangunan budaya pada masyarakat dapat dilakukan secara berkelanjutan.
- c. Pemanfaatan Administratif Pembangunan Tata Ruang Daerah / Kota Hal ini terlihat dari pengadaan studi kelayakan terhadap suatu proyek dalam perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) dilakukan oleh pihak investor sehingga pemerintah tidak harus mengadakan studi kelayakan lagi disamping biaya dan resiko ada pada pihak lain yaitu investor serta dari segi mutunya pun dapat diandalkan.

3. Hal dan Kewajiban Investor Dalam Perjanjian Bangun Guna Serah (BOT)

Kewajiban investor selama melakukan pembangunan proyek adalah : ⁷¹⁾

- a. Menggunakan segenap daya dan usaha untuk menyelesaikan proyek yang bersangkutan tepat pada waktunya;

⁷¹⁾ Felix O. Soebagjo, OP. Cit.; hal 41

- b. Menyediakan perangkat sarana dan prasarana untuk digunakan dalam proyek yang bersangkutan sesuai standar yang disepakati
- c. Menjamin bahwa barang – barang sebagai perangkat sarana dan prasarana tersebut diperoleh dengan tidak melanggar huku
- d. Mengasuransikan asset seluruhnya yang sedang dibangun selama pembangunan proyek yang bersangkutan dengan biaya investor.
- e. Menjalankan / mentaati kesepakatan dalam perjanjian;
- f. Menyerahkan seluruh asset hasil pembangunan proyek ybs, setelah jangka waktu konsesi berakhir (sesuai dengan yang diperjanjikan)

Selama perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) tersebut masih berlangsung antara para pihak, maka pihak investor berkewajiban untuk :

- a. Memelihara dan menjaga dengan baik bagaimana lazimnya apa yang disewa menurut ketentuan, peraturan dan kebiasaan yang berlaku, atas ongkos / biaya yang harus dipikul oleh pihak inverstor.
- b. Memperbaiki kerusakan-kerusakan yang terjadi atas apa yang disewa menurut ketentuan, peraturan dan kebiasaan yang berlaku atas ongkos / biaya yang harus dipikul oleh pihak investor;
- c. Mentaati semua ketentuan peraturan yang berlaku baik yang sekarang telah ada maupun yang akan ada kemudian;
- d. Untuk tanah yang disewa tersebut sekiranya kemudian dikenakan pajak bumi dan bangunan (PBB), maka PBB tersebut ditanggung dan harus dibayar oleh investor.

- e. Tidak menjadikan tanggungan / jaminan untuk pelunasan sesuatu utang dalam bentuk dan menurut cara apapun yang dibuat pihak investor dengan pihak siapa pun juga.

Lebih lanjut investor berhak untuk :

- a. Investor berhak mengelola dan mengambil hasil / keuntungan yang diperoleh dari hasil operasional proyek yang bersangkutan.
- b. Atas biaya dan resiko sendiri mendirikan bangunan-bangunan diatas tanah yang disewanya tersebut menurut rencana yang dikehendaki dalam perjanjian atas biaya dan resiko investor sendiri;
- c. Mengadakan perubahan-perubahan yang diperlukan atas bangunan-bangunan tersebut bila diperlukan.

Dengan demikian kewenangan para pihak dalam perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) berarti apa yang menjadi kewajiban pemerintah / swasta selama proyek itu dikerjakan oleh investor dan hak yang akan diperoleh setelah proyek tersebut selesai dibangun, demikian pula apa yang menjadi kewajiban investor selama ia mengerjakan proyek dan hak-hak apa yang akan diterima dari pemegang hak eksklusif / swasta selaku pemilik lahan setelah proyek itu selesai dikerjakan.

4. Kontrak konsesi dalam Perjanjian Bangun Guna Serah (BOT)

Bagaimana mendesain suatu perjanjian dengan sistem Bangun Guna Serah (BOT) dengan baik sangat erat kaitannya dengan alternative

yang tersedia, pertimbangan-pertimbangan bagi proyek-proyek pembangunan tertentu, kepentingan para pihak, kepentingan penyandang dana serta keterlibatan pemerintah dalam proyek-proyek tertentu.

Masalah penyiapan draft-draft dokumen yang tepat dan baik juga akan sangat terkait dengan alternatif yang diambil dalam pelaksanaan suatu proyek. Ada kalanya proyek-proyek yang dibangun dengan sistem BOT menggunakan model dokumen yang sangat “sederhana” dalam bentuk “perjanjian kerjasama”. Namun dalam kesempatan lain proyek yang dibangun dengan sistem BOT mempergunakan draft dokumen yang cukup maju dan komplikasi. Seperti halnya proyek BOT di bidang telekomunikasi di dalam draft dokumennya ada “master agreement”, yang dilengkapi dengan dokumen-dokumen penunjang lainnya seperti : *cooperation agreement, instalation agreement, operation agreement, collection and paying agreement* serta, *title retention and transfer of title agreement*.⁷²⁾

Namun demikian secara umum dalam proyek-proyek dengan sistem Bangun Guna Serah (BOT) akan diperlukan 2 (dua) kelompok dokumen perjanjian yaitu :

- a. Dokumen yang mengatur hubungan dasar antara investor (para investor) dan pemilik proyek.

⁷²⁾ Felix O. Soebagyo, Op. Cit. hal 38

- b. Dokumen-dokumen yang berkaitan dengan pengoperasionalan bangunan.

Lebih lanjut perbedaan utama perjanjian BOT dengan pembiayaan proyek yang lain adalah terletak pada masalah konsesi, yaitu konsesi antara pemilik proyek dengan investor/pelaksana proyek ada kalanya kontrak tersebut juga didukung dengan peraturan-peraturan yang dikeluarkan oleh pemerintah setempat.⁷³⁾

Dalam suatu kontrak konsesi ini, memberikan hak pada investor untuk membangun dan mengoperasikan proyek serta mengambil keuntungan dalam jangka waktu tertentu. Kontrak konsesi ini berisi hal-hal antara lain :⁷⁴⁾

- a. Pernyataan yang jelas mengenai hak konsesi yang eksklusif;

Pada umumnya kontrak BOT terkait sekali dengan masalah monopoli serta tidak jarang keuntungan hanya diperoleh dengan diberikan monopoli.

Dengan demikian apabila nilai-nilai ekonomi proyek tersebut sangat tergantung pada segi-segi tersebut diatas, maka pemilik proyek harus memberikan hak eksklusif dengan menuangkannya di dalam kontrak konsesi yang dibuat.

- b. Lingkup proyek, jangka waktu pengoperasian (terpendek). Serta kemungkinan perpanjangan.

⁷³⁾ Budi Santoso, Op. Cit, hal 11

⁷⁴⁾ Loc. Cit.

Dalam kontrak konsesi seharusnya dijelaskan secara hati-hati tentang apa-apa yang dibutuhkan oleh pelaksana konsesi, apa yang boleh dilakukan dan apa yang tidak boleh dilakukan, dan yang lebih penting lagi adalah untuk berapa lama konsesi yang bersangkutan diberikan dan berapa lama waktu yang dibutuhkan untuk mengembalikan seluruh investasi serta biaya-biaya yang telah dikeluarkan, prospek supply dana serta calon pengguna/ user-nya.

c. Komitmen dukungan pemerintah

Kebanyakan BOT diadakan antara pemerintah dan swasta dan ini akan memerlukan berbagai macam bantuan dari pemerintah. Bantuan yang dapat diberikan harus secara jelas disebutkan, apa bentuknya dan sebagainya.

d. Aspek keuangan, pajak keuntungan, pertukaran mata uang asing serta repatriasi.

e. Persoalan nasionalisasi jika ada;

f. Pengalihan pada operator lain;

Pemilik proyek dalam kondisi khusus berharap dapat menunjuk pengganti operator lain atau mengambil alih operasional jika operator tidak dapat melaksanakan kewajibannya.

g. Hak atas property

Harus dijelaskan pemilik hak atas property selama kontrak berlangsung dan hal-hal yang dibutuhkan serta dilakukan pada akhir masa konsesi untuk peralihan hak pada pemerintah/ pemilik.

h. Hukum dan penyelesaian sengketa;

Penetapan dispute settlement yang jelas akan sangat membantu menyelesaikan masalah yang mungkin timbul di kemudian hari. Penyelesaian sengketa pada umumnya dapat dilakukan melalui pengadilan atau di luar pengadilan selain itu pihak-pihak dapat menyelesaikan masalah mereka dengan musyawarah untuk mencapai persetujuan.

BAB III

HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN

A. Hasil Penelitian

1. Diskripsi Propinsi Bali

a. Diskripsi Umum

Luas wilayah Propinsi Bali adalah 563.286 ha (5.632,86 km²) atau 0,29% dari total luas wilayah Indonesia. Jumlah penduduk pada tahun 2000 sebanyak 3.146.999 jiwa dengan tingkat kepadatan rata-rata 559 jiwa /km² dan tingkat pertumbuhan penduduk rata-rata 1,16% per tahun (1990-2000). Daerah Kabupaten/Kota yang memiliki kepadatan penduduk di atas rata-rata adalah Kota Denpasar (4.217 orang/km²), Kabupaten Gianyar (1.064 orang/km²), dan Kabupaten Badung (816 orang/km²). Ketiga daerah tersebut, pertumbuhan penduduknya juga tertinggi di atas angka rata-rata yaitu 3,20% per tahun untuk Denpasar, 2,33% untuk Badung dan 1,56 % untuk Gianyar.

Secara administrative Propinsi dibagi menjadi 8 kabupaten dan 1 kota, 51 kecamatan, 666 desa/kelurahan, 1.387 desa adat dan 3.945 banjar adat. Berdasarkan pola penggunaan lahan, tahun 2000, Bali terdiri atas 5,59% tanah permukiman, 15,83% tanah sawah, 23,21% kawasan hutan,

43,85% perkebunan dan tegalan, 7,58% lahan kritis, 0,64 danau/waduk dan 2,96% lain-lain.⁷⁵⁾

1) Pertumbuhan Ekonomi

Laju pertumbuhan ekonomi Bali tahun 1996 sebelum terjadi krisis mencapai 8,16% kemudian menurun pada saat mulai krisis (1997) menjadi 5,18% dan sampai krisis memuncak tahun 1998 laju pertumbuhan perekonomian Bali mencapai minus 4,04%.

Tingkat pertumbuhan ekonomi Bali dalam 2 (dua) tahun terakhir menunjukkan arah yang lebih optimistik ke depan. Hal ini terlihat pada tahun 2000 laju pertumbuhan mencapai 3,05% atau meningkat dibandingkan tahun 1999 yang hanya mencapai 0,67%. Peningkatan ini, khususnya tahun 2000 didukung oleh meningkatnya pertumbuhan sektor-sektor yang peranannya dominan bagi perekonomian daerah Bali seperti : sektor perdagangan, hotel dan restoran yang perannya mencapai 31,61% terhadap PDRB Bali mengalami pertumbuhan sebesar 3,66% sektor pertanian dalam arti luas. Perannya 19,25% mengalami pertumbuhan 1,64% dan sektor jasa-jasa perannya 14,74% mengalami pertumbuhan sebesar 2,24%.

⁷⁵⁾ Badan Perencanaan Pembangunan Daerah Bali, Bali Membangun, Bali, 2000, hal. 1.

2) Struktur Ekonomi

Dalam 5 (lima) tahun terakhir, struktur perekonomian daerah Bali masih didominasi sektor-sektor seperti perdagangan, hotel dan restoran serta sektor jasa.

Peranan sektor pertanian terhadap PDRB meningkat dari 19,07% tahun 1997 menjadi 20,02% pada tahun 1998, kemudian menurun dari 19,51% tahun 1999 menjadi 19,25% pada tahun 2000. Sedangkan peranan sektor non pertanian terhadap PDRB Bali menurun dari 80,93% tahun 1997 menjadi 79,98% tahun 1998 dan kemudian meningkat dari 80,94% tahun 1999 menjadi 80,75% tahun 2000.

3) Pendapatan Perkapita

Paska krisis, pendapatan perkapita penduduk Bali atau PDRB perkapita meningkat rata-rata 17,24% per tahun dari Rp.3,293 juta tahun 1997 menjadi Rp. 5,306 juta tahun 2000. GINI ratio 1999 mencapai 0,286. Hal ini menunjukkan bahwa peningkatan ekonomi yang terjadi selama ini relatif sudah mengarah kepada pemerataan pendapatan yang lebih baik.

4) Kesempatan kerja

Dalam rangka meningkatkan kesempatan kerja berbagai upaya dan program telah, sedang dan terus dilakukan, baik jangka pendek, menengah maupun jangka panjang.

Jumlah kesempatan kerja menjadi 1,645 juta pada tahun 1997 atau 97,29% dari jumlah angkatan kerja yang terserap sebagai pencari kerja 2,71%. Kesempatan kerja mengalami penurunan pada tahun 1998 menjadi 1,587 juta dan disisi lain terjadi ledakan pengangguran yang mencapai 4,61%. Pada tahun 1999 kesempatan kerja makin membaik dengan kenaikan pengangguran cukup besar yaitu mencapai 6,6% sehingga pencari kerja turun menjadi 3,56%.

5) Inflasi

Meningkatnya harga barang digambarkan dengan besarnya tingkat inflasi yang berdampak pada menurunnya daya beli masyarakat. Laju inflasi pada tahun 1996 sebesar 3,14% kemudian meningkat drastis setelah krisis ekonomi yaitu pada tahun 1997 sebesar 9,75 % dan tahun 1998 sebesar 75,11%. Pada tahun 1999 laju inflasi menurun menjadi 4,39% dan tahun 2000 sebesar 6,75%.⁷⁶⁾

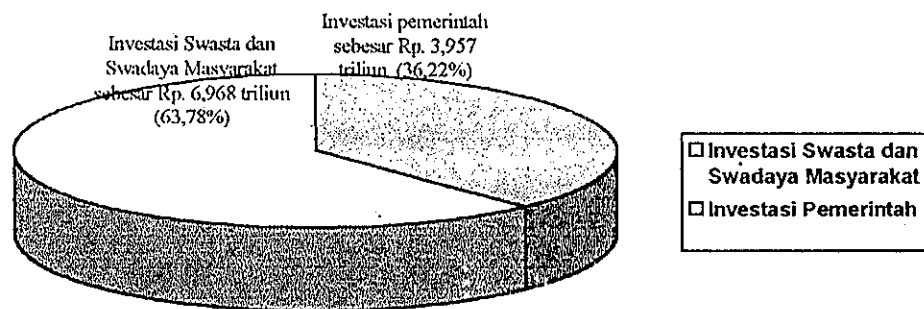
⁷⁶⁾ Ibid, hal. 3

6) Realisasi Pembiayaan

Selama 5 (lima) tahun terakhir (1996/1997-2000) pembiayaan pembangunan mencapai Rp.10,925 triliun yang bersumber dari sektor Pemerintah sebesar Rp.3,957 triliun (36,22%) dan swasta termasuk swadaya masyarakat sebesar Rp. 6,968 triliun (63,78%).

Berdasarkan indikator ekonomi makro tersebut, kondisi sosial ekonomi Daerah Bali sejak tahun 1999 sudah mencapai tahap pemulihan dan tahun 2000 dalam proses tahap pematapan.⁷⁷⁾

Investasi pembiayaan pembangunan dari tahun 1996/1997 – 2000 sebesar Rp. 10.925 triliun.



Sektor-sektor andalan / prioritas pembangunan Propinsi Bali meliputi :

⁷⁷⁾ Badan Perencanaan Pembangunan Daerah Bali, Op.Cit. hal. 5

a) Pertanian

Agrobisnis menjadi tumpuan kekuatan sektor pertanian yang selama tahun 2000 memberikan kontribusi sebesar 19,25%, sedikit lebih rendah dibanding tahun 1999 sebesar 19,51%.

b) Koperasi

Koperasi pengusaha kecil dan menengah (KPM) merupakan wadah yang paling tepat untuk menggalang kekuatan ekonomi rakyat menuju pada pemulihan ekonomi.

Hasil pembangunan koperasi dari tahun 1995 sampai tahun 1999 mengalami peningkatan rata-rata 6,22% per tahun yaitu sebanyak 909 buah pada tahun 1995 menjadi 1.135 buah tahun 1999, dengan jumlah anggota mengalami peningkatan rata-rata 7,51 % per tahun yaitu 175.719 orang pada tahun 1995 menjadi 228.498 orang pada tahun 1999.

Modal sendiri koperasi mengalami peningkatan rata-rata 40,31% yaitu Rp. 70.370 juta tahun 1995 menjadi Rp. 183.854,16 juta tahun 1999. Volume usaha koperasi tahun 1999 mencapai Rp.310.844,86 juta yaitu mengalami peningkatan rata-rata 48,92% dari tahun 1995, sedangkan sisa hasil usaha koperasi tahun 1999 adalah Rp. 14.332,94 juta yaitu mengalami peningkatan rata-rata 20,34% per tahun dari tahun 1995.

c) Kesehatan

- (1) Jumlah Rumah Sakit Umum dan Swasta pada tahun 2000 adalah sebanyak 24 buah (11 RS Swasta) dengan kapasitas tempat tidur 2.689 tempat tidur.

Fasilitas kesehatan masyarakat terdapat 92 Puskesmas, 20 puskesmas TT (tempat Tidur/rawat inap), puskesmas pembantu 463 buah dan puskesmas keliling 138 buah.

- (2) Jumlah tenaga dokter ahli di RSUP Denpasar adalah sebanyak 389 orang, para medis perawat 931 orang, paramedis non perawat 226 orang dan non medis sebanyak 367 orang. Jumlah tenaga medis pada RSU Kabupaten adalah sebanyak 1.681 orang, paramedis perawat 984 orang, non perawat 309 orang dan non medis 151 orang. Jumlah tenaga kesehatan pada puskesmas (medis) adalah sebanyak 367 orang, paramedis 2.681 orang dan non medis 198 orang.
- (3) Perkembangan derajat kesehatan masyarakat tahun 2000 adalah sebagai berikut :

- (i) Angka kematian bayi perseribu kelahiran hidup mencapai 30,71 tahun 2000 atau naik 0,04 % pada tahun 1999.

- (ii) Angka kematian balita perseribu anak balita mencapai 7,0 tahun 2000 dan tahun 1999 sebesar 7,40.
- (iii) Angka kematian kasa perseribu penduduk mencapai 10,60 sama dengan tahun 1999 sebesar 10,60.
- (iv) Angka kematian ibu bersalin perseribu.

d) Pendidikan

(1) Sekolah Dasar

Jumlah Sekolah Dasar Negeri, Swasta dan MI tahun 2000 adalah sebanyak 2.751 SD dengan jumlah murid sebanyak 353.116 orang, tenaga guru 21.127 orang. Angka partisipasi kasa (GER) tahun 2000 mencapai 114,09% atau meningkat 1,5% dari tahun 1999 sebesar 115,88%. Angka Partisipasi Murni (NER) mencapai 99,26%.

(2) SLTP

Jumlah SLTP Negeri dan Swasta pada tahun 2000 terdapat 313 sekolah, jumlah murid keseluruhan mencapai 128.985 orang, tenaga guru 7.257 orang dengan tingkat Angka Partisipasi Kasa (GER) tahun 2000 mencapai 85,77% atau turun 0,77% dari tahun 1999 sebesar 85,00%. Jumlah lulusan SLTP mencapai 39.682 orang.

(3) SMTA

Jumlah SMTA Negeri dan Swasta tahun 2000 sebanyak 163 sekolah, jumlah murid SMTA keseluruhan mencapai 104.987 orang, dengan tenaga guru sebanyak 3.598 orang dengan angka Partisipasi Kasa (GER) mencapai 60,96 % atau meningkat 0,27% dari tahun 1999 sebesar 61,33%.

(4) Perguruan Tinggi

Jumlah Perguruan Tinggi baik Negeri maupun swasta tahun 2000 adalah sebanyak 34 Perguruan (6 Negeri dan 28 Swasta). Jumlah mahasiswa sebanyak 20.333 orang dengan tenaga edukatif sebanyak 2.395 orang.

e) Pariwisata

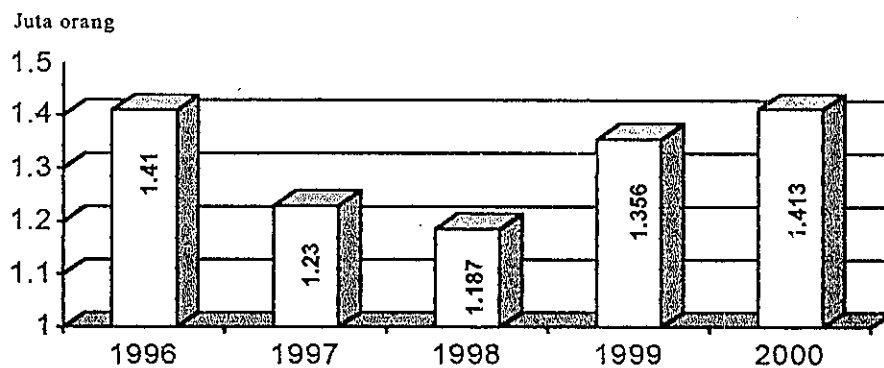
Pariwisata Bali adalah pariwisata budaya. Dalam pengembangan kepariwisataan daerah Bali bertumpu kepada kebudayaan Daerah Bali yang bersumber dari agama Hindu.

Untuk menunjang arus kedatangan wisatawan ke daerah ini, sarana dan prasarana kepariwisataan juga ikut mendukung, sehingga pembangunan kepariwisataan Bali adalah pembangunan kepariwisataan yang menyeluruh dan terintegritas. Hingga tahun 2000 tercatat 117 hotel berbintang dengan 17.933 kamar, sedangkan hotel non berbintang sebanyak 598 dengan

12.537 kamar. Disamping itu ada juga 322 pondok wisata dengan 1.474 kamar. Rumah makan ada 663 dengan kapasitas 44.547 kursi. Jumlah wisatawan mancanegara yang langsung datang ke Bali terus mengalami peningkatan rata-rata 12,27% per tahun yaitu dari 1.140.988 orang tahun 1996 menjadi 1.230.316 orang tahun 1997. Walaupun tahun 1998 mengalami penurunan menjadi 1.187.153 orang (karena krisis ekonomi) namun tahun 1999 meningkat 12,44% menjadi 1.355.799 orang dan tahun 2000 sebanyak 1.412.839 orang atau naik hanya 4,2%.

Kuatnya daya tarik pariwisata Bali, secara umum juga tercermin dari rata-rata lama tinggal wisatawan mancanegara yaitu tahun 1998 selama 9 hari dan pada tahun 2000 selama 11 (sebelas) hari atau meningkat 10,55% per tahun dengan tingkat hunian kamar hotel berbintang mencapai 69,6% pada tahun 2000. Pengeluaran wisatawan mancanegara di Daerah Bali tahun 1998 mencapai sebesar US \$89,27 dan pada tahun 2000 sebesar US \$ 77,35.

JUMLAH KUNJUNGAN WISATAWAN DARI TAHUN 1996 – 2000⁷⁸⁾



f) Industri

Babera indikator dari pesatnya perkembangan industri adalah perkembangan sentra industri sampai dengan tahun 2000 sebanyak 1.011 sentra dengan jumlah unit usaha 75.470 buah sebagai indikator berkembangnya ekonomi kerakyatan.

Jumlah tenaga kerja yang terserap di sektor industri sebanyak 233.264 orang mengalami peningkatan sebesar 1,08% per tahun dari tahun 1998/1999. Jumlah investasi di sektor ini pada tahun 2000 mencapai Rp.233.189 juta dengan nilai produksi sebesar Rp.2.047.898 juta.

Nilai ekspor industri mencapai US\$ 348,315 juta tahun 2000 atau meningkat 1,01% bila dibandingkan tahun 1999.

⁷⁸⁾ Pola Dasar Pembangunan Daerah Bali, Tahun 2000-2005

Peranan atau kontribusi nilai ekspor hasil-hasil industri tahun 2000 mencapai 85,58% dari total ekspor daerah Bali sebesar US \$ 406.985 juta. Hal ini berarti peranan industri dalam perekonomian Bali sangat besar pengaruhnya.⁷⁹⁾

Perkembangan Pada Sektor Industri

Dari Tahun 1996 – 2000

Jenis Kegiatan	1.996	1.997	1.998	1.999	2.000
Sentra Industri (bh)	1.79	1.317	1.198	1.216	1.011
Unit Usaha	93.315	93.316	84.961	85.177	75.470
Penyerapan Tenaga Kerja	297.352	302.850	297.365	300.605	233.26
Investasi	321.182	340.754	332.852	369.852	233.189
Nilai Produksi (Juta (Rp)	832.834	915.115	1.195.140	1.195.140	2.047.898
Total Nilai Ekspor (US \$ Juta)	332.39	399.808	415.557	418.004	406.985

g) Tata Ruang

Untuk mewujudkan rencana pemantapan ruang wilayah propinsi yang serasi dan optimal sesuai dengan kebutuhan daerah dan kemampuan daya dukung lingkungannya, maka dilakukan penyusunan Rencana Tata Ruang Wilayah Propinsi (RTRWP) Bali. Rencana Pemantapan Kawasan Lindung meliputi areal

⁷⁹⁾ Ibid

seluas 95.060,55 ha. (34,63%) dari luas propinsi yang meliputi empat sub kawasan yaitu : kawasan bawahannya, kawasan perlindungan setempat, kawasan suaka alam dan cagar budaya serta kawasan rawan bencana.

Arahan pengembang kawasan budidaya yang meliputi areal seluas 365.883,53 ha (64,70 %) yang terdiri dari kawasan hutan produksi, kawasan perindustrian, kawasan pertambangan, kawasan permukiman dan kawasan hankam.

Arahan pengembang wilayah prioritas meliputi pengembang wilayah prioritas Bali timur diarahkan untuk menanggulangi desa tertinggal dan lahan kritis. Wilayah prioritas Bali tengah pengembangannya ditujukan untuk mengantisipasi semakin pesatnya perkembangan industri pariwisata. Wilayah prioritas Bali Barat diarahkan bagi pengembang industri, pariwisata dan pertanian. Sedangkan wilayah prioritas Bali utara diarahkan untuk penanggulangan lahan kritis aneka industri dan pertanian khusus wilayah prioritas Nusa Penida di arahkan untuk menangani desa tertinggal, lahan kritis, pariwisata dan pertanian.⁸⁰⁾

⁸⁰⁾ Ibid

h) Kebijaksanaan Dan Sasaran Pembangunan Daerah Bali

Kebijakan pembangunan daerah Bali dalam jangka pendek diarahkan untuk memantapkan pemulihan kondisi ekonomi selanjutnya kebijakan dalam jangka menengah mengarah pada pemantapan kondisi sosial ekonomi dalam rangka memperkuat landasan pembangunan yang berkeadilan dan berkelanjutan.

Mengacu dan berdasarkan pada kebijakan pembangunan tersebut, maka ditetapkan sasaran-sasaran pokok pembangunan daerah Bali dalam lima tahun mendatang. Tahun 2001 – 2005 antara lain :⁸¹⁾

(1) Penduduk

Pertumbuhan penduduk antar sensus dalam dekade terakhir sebesar 1,19% rata-rata pertahun maka untuk kurun waktu lima tahun mendatang dapat ditekan menjadi sebesar 0,96% rata-rata per tahun. Pada tahun 2001 diproyeksikan dengan pertumbuhan penduduk mencapai 0,94% dengan jumlah penduduk sebanyak 3.276 juta jiwa lebih.

⁸¹⁾ Ibid

(2) PDRB dan Pertumbuhan Ekonomi

Dengan perkiraan pertumbuhan ekonomi tahun 2000 sebesar 2,2% PDRB atas dasar harga berlaku diperkirakan mencapai Rp.7.459 triliun, sementara PDRB Propinsi Bali selama lima tahun mendatang (2001-2005) diproyeksikan sebesar Rp.108,50 triliun. Jumlah tersebut akan dapat diwujudkan dengan sasaran laju pertumbuhan ekonomi sebesar 4,48% rata-rata per tahun, pertumbuhan ekonomi tertinggi (5,25%) diharapkan dapat dicapai pada tahun 2003 sedangkan pada tahun kelima diproyeksikan sebesar 4,38%.

(3) Struktur Ekonomi

Sasaran kontribusi PDRB Bali tahun 2001-2005 atas dasar harga berlaku, untuk sektor pertanian rata-rata peranannya 20,62%, sektor perdagangan, hotel dan restoran 33,30%, sektor jasa-jasa 12,75% sektor pengangkutan dan komunikasi 11,53% serta sektor industri.

(4) PDRB per Kapita

Berdasarkan proyeksi pertumbuhan ekonomi Bali rata-rata 4,48% per tahun maka akan terjadi peningkatan PDRB per kapita (atas dasar harga berlaku) dalam lima tahun ke depan sebesar 9,2% rata-rata per tahun.

Sasaran PDRB per kapita tahun 2001-2005 adalah :

- a. Tahun 2001 sebesar Rp. 5,59 juta
- b. Tahun 2002 sebesar Rp. 6,13 juta
- c. Tahun 2003 sebesar Rp. 6,70 juta
- d. Tahun 2004 sebesar Rp. 7,35 juta
- e. Tahun 2005 sebesar Rp. 8,05 juta

(5) Kesempatan Kerja

Dalam lima tahun mendatang, kesempatan kerja diharapkan dapat tumbuh dengan 1,11% rata-rata per tahun dengan penyerapan terhadap angkatan kerja sebesar 96,77% pada tahun 2001 menjadi 97,90% pada tahun 2005. Dilain pihak, pencari kerja secara berangsur-angsur dapat diturunkan dari 3,23% menjadi 2,10% pada tahun 2005. Lapangan usaha yang mampu menyerap kesempatan kerja lebih dari 10% adalah di sektor pertanian, sektor perdagangan, hotel dan restoran, sektor industri dan sektor jasa-jasa.

(6) Pembiayaan Pembangunan

Untuk mendukung proyeksi pertumbuhan ekonomi daerah Bali sebesar 4,48% rata-rata per tahun selama kurun waktu lima tahun (2001-2005) dibutuhkan investasi guna membiayai pembangunan daerah Bali sebesar Rp.14,63

triliun atau 13,48% dari PDRB Bali. Jumlah tersebut sebagian besar (63%) diharapkan dari sektor swasta, dunia usaha dan swadaya masyarakat yaitu sebesar Rp.9,22 triliun. Investasi pembangunan yang berasal dari pemerintah bersumber APBN, APBD Propinsi, APBD kabupaten/kota dan bantuan/pinjaman luar negeri sebesar Rp.5,41 triliun atau rata-rata 37% dari total investasi pembangunan.⁸²⁾

**Rencana Pembiayaan Pembangunan
Selama 5 Tahun (2001-2005)**

No.	Indikator Makro	Satuan	Tahun				
			2001	2002	2003	2004	2005
1	Pertumbuhan Ekonomi	%	3,83	4,85	5,25	4,12	4,38
2	Investasi	Rp. Milyard	2.490.490	3.016.70	3.264.994	2.869.738	2.988.45
	a. Pemerintah	Rp. Milyard	956.165	1.108.638	1.183.560	1.066.302	1
		(%)	38,39	36,25	36,25	37,16	1.098.57
							5
	b. Swasta dan Swadaya Masyarakat	Rp. Milyard	1.533.25	1.908.066	2.081.434	1.803.436	36,76
		(%)	61,61	63,25	63,75	62,84	1.889.87
							6
							63,24

⁸²⁾ Ibid.

Tahun	APBN (Milyard)	DAU (Milyard)	APBD I (PAD) (Milyard)	APBD II (PAD) (Milyard)
2001	140,055	444,927	124,526	246,657
2002	147,058	467,173	141,679	352,728
2003	154,410	486,692	159,157	383,301
2004	142,830	450,190	135,763	337,519
2005	147,750	460,250	144,533	346,042
Jumlah	732,103	2.309,232	705,658	1.666,247

a. Diskripsi Industri Pariwisata Di Bali

Pembangunan industri kepariwisataan pada hakekatnya membangun perangkat lunak dan perangkat keras dalam bidang jasa pariwisata untuk meningkatkan kualitas produk wisata.

Kegiatan pembangunan pariwisata di Bali telah memberikan kontribusi yang sangat besar terhadap perekonomian daerah (regional) Bali. Data statistik menunjukkan bahwa perkembangan pariwisata telah mampu menggeser peranan sektor tradisional (pertanian) dalam penyusunan PDRB (Produk Domestik Regional Bruto) Bali. Selama pelita I, II, dan III, sektor pertanian merupakan penyumbang terbesar pada PDRB Bali, walaupun dominasinya menurun dari 61,21% pada awal Pelita I (1969) menjadi hanya 36,30% pada akhir Pelita III (1983). Sedang sektor perdagangan dan pariwisata pada posisi urutan kedua yang

semakin meningkat, pada awal Pelita I 9,25% menjadi 13,90% pada akhir Pelita III (1983). Sumbangan sektor perdagangan dan pariwisata semakin tahun semakin meningkat, tahun 1994 sektor tersebut menyumbang 30,64% dari PDRB Bali, sektor pertanian 21,27%. Bahkan pada tahun 1996 sektor perdagangan dan pariwisata menyumbang 30,79% terhadap PDRB Bali.⁸³⁾

Pembangunan kepariwisataan tidak bisa direncanakan dan dilaksanakan secara menyendiri tanpa memperhatikan keterkaitannya dengan sektor lainnya dalam suatu perencanaan pembangunan wilayah (regional). Hal ini terjadi karena pembangunan suatu sektor akan berkompetisi dengan sektor lainnya dalam memanfaatkan sumber daya sejenis yang ketersediaannya terbatas. Kesuksesan sektor kepariwisataan sangat tergantung pada daya tarik obyek wisata yang umumnya keindahan alam (disamping keunikan budaya) yang sangat erat kaitannya dengan sumber daya alam itu sendiri. Rusaknya sumber daya alam akan dapat menjadi bumerang bagi sektor pariwisata,

⁸³⁾ Agung Suryawan Wiranatha, 1989, Pariwisata, Pembangunan Bali Yang Berkelanjutan, kumpulan Makalah seminar internasional "Pariwisata Berkelanjutan Menurut Perspektif Orang Bali", Pusat Penelitian Kebudayaan dan Kepariwisata UNUD, Denpasar 3 Agustus 1999, hal. 7.

apalagi Bali sebagai sebuah ekosistem pulau yang secara umum memiliki berbagai keterbatasan.

Keterkaitan antara setiap pembangunan dan sumber daya alam sangat penting untuk diperhatikan dalam setiap perencanaan pembangunan secara menyeluruh (holistik). Untuk pembangunan regional Bali, suatu riset yang cukup lama yang dilakukan oleh Bali *Sustainable Development Project* (BSDP), telah mengusulkan konsep pembangunan berkelanjutan yang disesuaikan dengan kondisi objektif Bali yang merencanakan keseimbangan antara ekonomi, lingkungan dan kebudayaan. Konsep tersebut mengharuskan setiap perencanaan dan pelaksanaan pembangunan di Bali untuk tetap memperhatikan (i) kesinambungan ketersediaan sumber daya alam dan kegiatan produksi; (ii) kesinambungan dan keseimbangan budaya; (iii) peningkatan taraf hidup masyarakat.⁸⁴⁾

Memang untuk tercapainya kegiatan kepariwisataan yang berkelanjutan harus dilihat dari dua sisi kepentingan tuan rumah, dan manfaat bagi wisatawan. Bagi kepentingan tuan rumah, maka pelaku bisnis industri pariwisata harus memperoleh keuntungan yang layak dari usahanya, juga peningkatan taraf hidup

⁸⁴⁾ Ibid, hal. 105

masyarakat. Sedangkan bagi kepentingan wisatawan, kegiatan pariwisata dapat memberikan manfaat sosial bagi wisatawan dan kepuasan batin setelah mengunjungi obyek-obyek pariwisata. Untuk mempertahankan berlangsungnya daya tarik wisata ini maka dalam kegiatan pariwisata (baik pelaku pariwisata, masyarakat dan pemerintah harus memberikan pelayanan dan atraksi wisata yang dapat memberikan kepuasan batin para wisatawan.

Bali dengan segala kelebihanannya memiliki peran yang strategis dalam konteks pembangunan kepariwisataan nasional. Bali merupakan jendela pariwisata Indonesia di mata dunia, dan harus disadari Bali merupakan satu kesatuan yang utuh dengan pembangunan pariwisata Indonesia. Sebagai destinasi unggulan produk utama kepariwisataan Bali adalah kebudayaan, alam dan lingkungan termasuk prasarana fisik dan prasarana sosial di dalamnya. Oleh karena itu, konsep pengembangan kepariwisataan Bali yang berkualitas adalah tetap (konsisten) memelihara keseimbangan antara tujuan ekonomi dan tujuan sosial.

Jadi dari hal-hal yang disebutkan di atas maka konsep pembangunan pariwisata Bali yang berkelanjutan, haruslah dengan memperhatikan dan memahami secara baik dan konsisten aspek-

aspek kepariwisataan Bali itu sendiri, seperti potensi dan kondisi produk, pasar, aksesibilitas, pelaku (sumber daya manusia) dan aspek legal.

Pariwisata Bali sangatlah spesifik karena berkembang dalam khasanah budaya orang Bali. Berbicara budaya Bali berarti berbicara tentang masyarakat Bali yang seni, ramah, rajin, religius dalam tatanan masyarakat Hindu. Agama Hindu tergolong ragam yang tua yang banyak melestarikan kehidupan ritual yang simbolistik. Perilaku agama yang simbolistik ini muncul esensi kehidupan masyarakat yang religius dan telah mengakar dalam kehidupan sehari-hari.

Seiring berjalannya waktu, perilaku religius menyatu dan akumulatif dengan kepercayaan dan tradisi lokal kemudian menjadi budaya, yaitu budaya Bali yang Hinduistik. Realitasnya nuansa tersebut menjadi aset pariwisata yang karakteristik, yang mampu bertahan dari gangguan stabilitas politik dan keamanan.⁸⁵⁾

Kebudayaan merupakan keseluruhan atau totalitas dari apa yang pernah dihasilkan oleh manusia yang menguasai planet

⁸⁵⁾ I Gusti Bagus Arjana, *Pembangunan Kepariwisata Berkelanjutan dan Ragam Implikasinya (Kajian Kritis Tentang Pariwisata Bali Dilihat dari Luar Bali)*, Kumpulan Makalah Seminar Internasional Pariwisata Berkelanjutan Menurut Perspektif Orang Bali, 1999, hl. 114.

ini, dapat dipahami bahwa segala sesuatu yang diciptakan oleh akal budi manusia adalah produk budaya. Secara konseptual dapat dikatakan bahwa kristalisasi ajaran Hindu yang melebur dalam kehidupan masyarakat telah membentuk dan memperkaya budaya Bali.⁸⁶⁾

Agama Hindu mempunyai fungsi atau memerankan sejumlah fungsi, dan melengkapi keseluruhan sistem masyarakat. Begitu meleburnya agama Hindu dalam masyarakat Bali sehingga sulit memisahkan antara budaya, tradisi dan agama. Realitas ini yang memberikan kontribusi yang besar bagi pariwisata Bali.

Kegiatan ritual Hindu telah menumbuhkan dengan subur kegiatan beragam seni, seperti seni tari/panggung, seni lukis, seni patung, dan kerajinan lainnya, dalam hal ini orang mengakui bahwa kreativitas seniman Bali tidak pernah berhenti dan terus berkembang. Hal ini penting untuk dipertahankan, terutama dalam menjaga dan mempertahankan budaya Bali yang agung, luhur dan indah, sehingga Bali tetap memiliki keunggulan komparatif dan kompetitif dalam pengembangan pariwisata yang berkelanjutan.

⁸⁶⁾ Ibid.

Implikasi ekonomi dalam hubungan kebudayaan dan pariwisata dinyatakan dalam bentuk penggunaan kebudayaan untuk maksud-maksud atraksi seperti pertunjukkan, pameran, pesta atau festival dari berbagai cabang kesenian yang dalam keseluruhan aktivitasnya memberikan kesempatan kerja berkarya bagi seniman, pengatur, penyelenggara teknis, organisator, administratif dan lain-lain yang kesemuanya itu terlibat dalam penyelenggaraan pertunjukan, pameran, pesta atau festival kebudayaan. Juga semua kegiatan pengaturan perjalanan dari dan ke tempat atraksi tersebut menimbulkan kerja baru, yang dalam jaman teknik modern seperti sekarang segala fasilitas dan kemajuan alat angkutan dipergunakan untuk tujuan-tujuan ekonomis hubungan kebudayaan dan pariwisata.

Implikasi sosial yang ditimbulkan oleh hubungan antara kebudayaan dan pariwisata ini merupakan keuntungan positif dari hasil pendekatan berbagai masyarakat di dunia ini, yang mempunyai berbagai peradaban dan latar belakang kebudayaan yang berbeda-beda, yaitu adanya keuntungan yang mengakibatkan tumbuhnya saling mengerti, kerja sama dan perdamaian.

Guna menjaga dan melestarikan karakteristik pariwisata Bali tersebut di atas maka diperlukan perencanaan yang baik,

penanganan yang bersifat holistik dari semua pihak, agar citra pariwisata Bali tetap baik dan berkesan bagi wisatawan.

Peran serta aktif dari masyarakat lokal sangat dibutuhkan untuk keterpaduan, keseimbangan dan keselarasan dalam rangka mewujudkan harmoni baru. Harmoni disini adalah apa yang terjadi pada tingkat perorangan, rumah tangga, dan masyarakat. Pengembangan pariwisata berkelanjutan merupakan wahana untuk memperkuat pengembangan kebudayaan setempat dengan cara melibatkan masyarakat sejak awal sampai monitoring. Keterlibatan masyarakat tidak hanya sebatas informasi namun juga adanya proses-proses pelatihan.

Peran serta masyarakat agar dapat berhasil guna demi terwujudnya pengembangan pariwisata yang berkelanjutan, maka masyarakat Bali membutuhkan usaha bersama dengan persyaratan sebagai berikut :

- Adanya pemimpin eksekutif yang terbuka;
- Peraturan yang akomodatif;
- Masyarakat yang sadar lingkungan;
- Lembaga swadaya masyarakat yang tanggap;
- Informasi yang tepat; dan
- Keterpaduan.⁸⁷⁾

⁸⁷⁾ I Made Suarnatha, Industri Pariwisata dan upaya Menghadapi Dampak Negatifnya Dalam Rangka Mewujudkan Pengembangan Pariwisata Berkelanjutan, Kumpulan Makalah Seminar Pariwisata Berkelanjutan, 1999, hal. 247.

Mengenai keadaan kegiatan bisnis industri pariwisata di Denpasar Bali akan diuraikan mengenai keadaan kawasan pariwisata, obyek wisata, tempat rekreasi, tempat pertunjukan wisata, dan usaha wisata tirta yang ada di Denpasar.

Seperti telah dijelaskan dimuka bahwa kepariwisataan itu diartikan sebagai kegiatan usaha melayani serta memenuhi keinginan dan kebutuhan orang-orang yang sedang melakukan perjalanan (wisatawan). Untuk menunjang kegiatan para wisatawan dibutuhkan kemudahan-kemudahan yang wujudnya berupa penyediaan dan pelayanan sejumlah fasilitas promosi, perencanaan perjalanan, pemandu wisata, sarana pengangkutan atau transportasi, penyediaan daerah tujuan wisata dan rekreasi yang menarik serta menyenangkan, termasuk didalamnya fasilitas yang dibutuhkan untuk istirahat menginap seperti losmen, pondok wisata, hotel, restoran serta tempat-tempat pembelanjaan (*shopping*).

Jumlah kawasan pariwisata, obyek wisata, tempat rekreasi, tempat pertunjukan wisata/*stage* dan usaha wisata tirta di Denpasar yaitu kawasan pariwisata ada 1 (satu), obyek wisata ada 12 (dua belas), tempat rekreasi ada 5 (lima) tempat pertunjukan

wisata/*stage* sebanyak 3 (tiga); dan usaha wisata tirta ada 28 (dua puluh delapan).⁸⁸⁾

Jumlah wisatawan mancanegara (wisman) dalam lima tahun terakhir ini yang langsung datang ke Bali, rata-rata di atas satu juta orang. Mereka berasal dari 21 negara Asia Pasifik (termasuk ASEAN) lima negara dari Amerika, 16 negara dari Eropa, juga beberapa negara dari Timur Tengah dan Afrika. Tahun 1997 tercatat 1.230 juta wisman, tahun berikutnya agak menurun 1.187 juta orang, tahun 1999 naik menjadi 1.355 juta orang, tahun 2000 1.413 juta orang, tahun 2001 menurun lagi 1.356.744 orang. Untuk tahun 2002 sampai enam bulan pertama tercatat 651.654 orang.⁸⁹⁾

Tingkat pengeluaran rata-rata 61,78 dolar Amerika Serikat per wisman per hari serta lama tinggal (*length stay*) 5 hari. Jadi tidak kurang dari 400 juta dolar Amerika Serikat mengucur ke Bali setiap tahun dari sektor pariwisata. Mencermati hasil survei Dinas Pariwisata Daerah Bali, dapat ditelusuri yaitu yang terbanyak diserap akomodasi (perhotelan dan *home stay*) 47,91%; bar dan restoran 19,13%; art *shop* dan pasar seni 15,12%; guide

⁸⁸⁾ Ibid.

⁸⁹⁾ Suarnata, I Made, Op. Cit., hal. 248

(pramuwisata) 5,88%, sedangkan angkutan umum, pertunjukan wisata masing-masing di bawah 5%.⁹⁰⁾

2. Dasar Hukum Perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) Sebagai Alternatif Kerjasama Investasi

Dari hasil penelitian yang dilakukan diketahui bahwa perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) adalah suatu perjanjian baru, dalam arti peraturan perundang-undangan secara khusus tidak ada mengatur masalah ini, namun secara faktual telah banyak dipraktekkan oleh pelaku-pelaku ekonomi di Indonesia.

Berdasarkan hasil inventarisasi yang telah dilakukan dapat ditemukan beberapa ketentuan yang dapat digunakan sebagai landasan hukum oleh para pihak untuk membuat perjanjian kerjasama investasi dengan sistem Bangun Guna Serah (BOT) ini antara lain :

- a. Kitab Undang – Undang Hukum Perdata (KUH Perdata) yaitu :
 - Dalam pasal 1233 sampai dengan pasal 1403 KUH Perdata yang mengatur mengenai perjanjian pada umumnya;
 - Dalam pasal 1548 sampai dengan pasal 1600 KUH perdata yang mengatur mengenai perjanjian sewa menyewa.

⁹⁰⁾ Suarnata, I Made, Loc.Cit.

b. Peraturan Perundang-undangan yang menjadi dasar hukum Pengelolaan Badan Usaha Milik Negara (BUMN), Badan Usaha Milik Daerah (BUMD) dan Perusahaan Daerah yaitu :

- Undang-undang No. 19 tahun 2003 tentang Badan Usaha Milik Negara (BUMN);
- Undang-undang No. 1 Tahun 1995 tentang Perseroan Terbatas (PT);
- Inpres No. 5 Tahun 1988 tentang Pedoman Penyehatan dan Pengelolaan Badan Usaha Milik Negara (BUMN).
- Peraturan Pemerintah No. 3 Tahun 1983, yang telah diperbaharui dengan Peraturan Pemerintah No. 12 Tahun 1998 tentang Perusahaan Perseroan (PERSERO);
- Peraturan Pemerintah No. 13 Tahun 1998 tentang Perusahaan Umum (PERUM);
- Peraturan Pemerintah No. 6 Tahun 2000, tentang Perusahaan Jawatan (PERJAN);
- Keputusan Presiden RI No. 39 Tahun 1991 tentang Koordinasi Pengelolaan Pinjaman Komersial Luar Negeri;
- Keputusan Menteri Keuangan RI No. 740/KMK.00/1989, tentang Peningkatan Efisiensi dan Produktivitas Badan Usaha Milik Negara (BUMN);

- Peraturan Menteri Dalam Negeri No. 3 Tahun 1983, tentang Bentuk-bentuk Penyertaan Modal Daerah pada Swasta;
 - Peraturan Menteri Dalam Negeri No. 4 Tahun 1990 tentang Bentuk-bentuk Kerjasama yang dapat Dilaksanakan Antara Perusahaan Daerah dan Swasta.
- c. Peraturan Perundang-undangan di bidang Investasi (Penanaman Modal) Undang-undang No. 1 Tahun 1967 yang telah diperbaharui dengan Undang-undang No. 11 Tahun 1970, tentang Penanaman Modal Asing (PMA); dan Peraturan Pelaksanaannya seperti :
- Peraturan Pemerintah No. 20 Tahun 1994, tentang Pemilikan Saham Dalam Perusahaan yang Didirikan Dalam Rangka Penanaman Modal Asing;
 - Surat Keputusan Menteri Penggerak Dana Investasi / Ketua Badan Koordinasi Penanaman Modal No. 15 / SK / 1994, tentang Ketentuan Pelaksanaan Pemilikan Saham Dalam Perusahaan yang Didirikan Dalam Rangka Penanaman Modal.

Undang-undang No. 6 Tahun 1968 tentang Penanaman Modal Dalam negeri yang telah diperbaharui dengan Undang-undang No. 12 Tahun 1970 dan Peraturan pelaksana :

- Keppres No. 117 Tahun 1999 tentang Perubahan kedua Tata Cara Penanaman Modal Dalam Negeri.

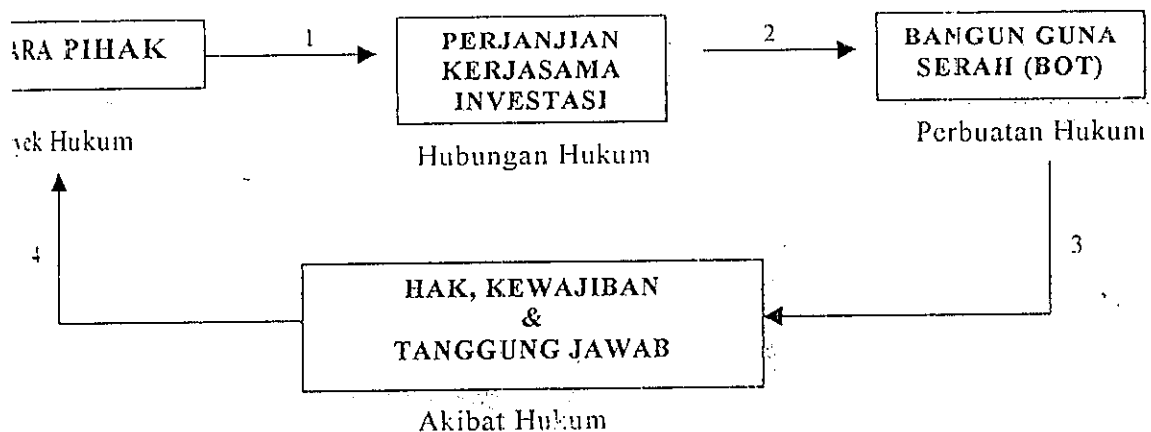
Yang Melakukan Kerjasama Dalam Bentuk Perjanjian Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer*).

3. Pemanfaatan Perjanjian Bangun Guna Serah (Bot) Di Bali

a. Mekanisme dan Konstruksi Hukum Perjanjian Bangun Guna Serah (BOT)

Dari hasil penelitian yang dilakukan diketahui bahwa mekanisme hukum yang dalam perjanjian Bangun Guna Serah (BOT).

Skema : Mekanisme Hukum Pemanfaatan Perjanjian Bangun Guna Serah Sebagai Alternatif Investasi



Keterangan mekanisme di atas mencerminkan pertanyaan mendasar yang harus dipahami sebagai berikut :

1. Apakah dasar hukumnya yang harus diperhatikan ?
2. Bagaimana pelaksanaan perjanjian ?
3. Apakah hak, kewajiban dan tanggung jawab para pihak ?
4. Bagaimana akibat hukum ?

Adapun tahapan-tahapan yang dilakukan tersebut adalah :

(1) Tahap Pra Kontrak meliputi :

(i) Negosiasi

Negosiasi ini merupakan proses upaya untuk mencapai kesepakatan diantara pihak investor dan pihak pemilik lahan. Dalam tahap negosiasi inilah proses tawar-menawar berlangsung. Selama negosiasi berlangsung banyak informasi penting yang perlu dicatat atau didokumentasikan.

(ii) Desain Proyek

Untuk mendesain suatu proyek dengan sistem perjanjian Bangun Guna Serah sangat erat kaitannya dengan alternatif yang tersedia, seperti pertimbangan khusus mengenai keuntungan dan kerugian yang akan dihadapi atas investasi yang dilakukan, kepentingan para pihak, kepentingan penyandang dana, serta keterlibatan pemerintah dalam proyek investasi bersangkutan. Sebagai contoh apabila pembebanan atas lahan untuk keperluan pembangunan proyek hotel atas tanah pemerintah daerah selaku pemegang hak eksklusif akan membawa pengaruh yang berbeda dalam penentuan pelaksanaan perjanjian. Ada atau tidaknya jaminan pemerintah daerah dalam investasi proyek-proyek tertentu akan membawa akibat yang berbeda dalam mendesain dan melaksanakan proyek-proyek tersebut. Demikian pula ada atau

tidaknya unsur dana dari luar negeri juga akan membawa pengaruh bagaimana proyek bersangkutan akan dilaksanakan.

(iii) Studi kelayakan (*feasibility study*)

Hal ini dilakukan untuk melihat tingkat kelayakan dan prospek dari perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) yang akan dilaksanakan dari berbagai sudut pandang yang diperlukan (misalnya : ekonomi, keuangan, pemasaran, teknik, lingkungan sosial budaya dan hukum). Hasil dari studi kelayakan ini diperlukan dalam menilai apakah perlu atau tidaknya melanjutkan hal-hal yang telah dinegosiasikan sebelumnya.

(2) Tahap Kontrak

(i) Persiapan Dokumen

Tahap penyiapan *draft* dokumen yang tepat dan baik sangat terkait dengan alternatif yang diambil dalam pelaksanaan suatu proyek investasi. Proyek-proyek investasi dengan sistem Bangun Guna Serah di Bali, biasanya menggunakan model dokumen yang sederhana dalam bentuk “Perjanjian Sewa Menyewa”, “Perjanjian Sewa Menyewa Tanah” dan “Perjanjian Pemakaian Tanah”. Dari sumber data yang diperoleh di lapangan tidak ada yang sama, padahal unsur-unsur perjanjian bangun guna serah telah dipenuhi. Hal ini dijumpai antara lain dalam perjanjian kerjasama pengusahaan tanah Pemda Tingkat I Bali.

Dalam dokumen perjanjian kerjasama investasi dengan sistem Bangun Guna Serah (BOT) di Bali, tampak didalamnya dimana konstruksi perjanjian terdiri dari : tujuan perjanjian, ruang lingkup perjanjian, pemanfaatan, jangka waktu, beban pajak, pembayaran kompensasi, jaminan pihak pemilik lahan, kewajiban pihak investor, permohonan hak guna bangunan, berakhirnya perjanjian, perubahan perjanjian, pembiayaan dan domilisi.

(ii) Penandatanganan Dokumen

Penandatanganan perjanjian dilakukan oleh para pihak di tempat yang telah ditentukan dan disepakati. Misalnya dihadapan notaris dan sebagainya. Apabila perjanjian (kontrak) sudah ditandatangani berarti penyusunannya sudah selesai maka selanjutnya tinggal pelaksanaannya.

(3) Tahap Pasca Kontrak

(i) Pelaksanaan Perjanjian

Kenyataan menunjukkan bahwa lebih mudah membuat dan menandatangani perjanjian daripada melaksanakan perjanjian tersebut. Dalam setiap perjanjian dapat diatur sanksi bagi tiap-tiap pelanggaran ketentuan dalam perjanjian, namun pelaksanaannya tetap tergantung dari itikad baik para pihak yang melaksanakan perjanjian.

Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUH Perdata) telah menetapkan sanksi apabila terjadi wan prestasi dalam perjanjian, akan tetapi jika pihak yang melakukan prestasi tidak bersedia menyelesaikannya secara musyawarah.

Hal-hal khusus yang harus dilakukan dalam pelaksanaan perjanjian kerjasama investasi dengan sistem Bangun Guna Serah (BOT ini meliputi :

(a) Status Perusahaan

Investor asing/domestik yang akan melakukan investasi dengan sistem Bangun Guna Serah ini terutama untuk pembangunan proyek pemerintah harus membentuk suatu perusahaan. Perusahaan mana harus didirikan menurut hukum Indonesia dan berdomisili di Indonesia, berdasarkan UU PMA atau UU PMDN serta peraturan pemerintah lainnya.

(b) Bidang Usaha

Bidang usaha dan ruang lingkup usaha dari perusahaan tersebut akan ditetapkan oleh pemerintah berdasarkan Undang-Undang No. 3 Tahun 1982 Tentang Wajib Daftar Perusahaan.

(c) Kepemilikan

Disyaratkan bahwa proyek investasi dengan sistem Bangun Guna Serah itu merupakan proyek suatu departemen, maka hasil pembangunan proyek akan dimiliki oleh pemerintah. Sedangkan terhadap perusahaan investor akan diberikan hak untuk mengelola dan mengoperasikan atas hasil pembangunan yang bersangkutan. Dan jika yang memiliki proyek adalah swasta (pribadi) demikian pula *developernya* swasta, maka hasilnya menjadi milik swasta yang bersangkutan.

(d) Izin-izin

- (i) Setiap investasi akan dilakukan sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku.
- (ii) Jangka waktu "*operating permit*" akan ditetapkan dengan mempertimbangkan investasi yang dibuat.

(e) Masalah Perburuhan

- (i) Perusahaan investor harus mempekerjakan tenaga kerja lokal jumlah lebih besar;

(ii) Tenaga kerja asing diizinkan dengan persetujuan Depnaker dan Badan Koordinasi Penanaman Modal (BPPM);

(iii) Tenaga kerja asing yang bersangkutan pada saatnya akan digantikan oleh tenaga kerja Indonesia yang dididik untuk itu.

(f) Perpajakan

Dalam melakukan pembangunan ataupun pengoperasian bangunan yang dibiayai dengan sistem Bangun Guna Serah, maka akan terkena pajak sebagai pemasukan negara. Adapun pengenaan pajak tersebut, apakah pada waktu membangun ataupun pada waktu pengoperasionalan bangunannya, berdasarkan atas Undang-Undang No. 16 Tahun 2000 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang No. 17 Tahun 2000 tentang Perubahan Ketiga atas Undang-Undang No. 7 tahun 1983 tentang Pajak Penghasilan dan Peraturan Pelaksanaannya, dan Undang-Undang No. 20 tahun 2000 tentang Perubahan atas Undang-Undang No. 21 Tahun 1997 tentang Bea Perolehan

Hak atas Tanah dan Bangunan serta Peraturan Pelaksanaannya.

(g) Masalah Pertanahan

Untuk melaksanakan perjanjian kerjasama investasi dengan sistem Bangun Guna Serah ini berkaitan erat dengan penguasaan hak atas tanah untuk pembangunan proyek yang bersangkutan guna mengantisipasi masalah ini maka para pihak harus memahami peraturan Perundang-undangan di bidang Pertanahan seperti Undang-undang No. 5 Tahun 1960 Tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria. Peraturan Pemerintah Nomor 40 Tahun 1996 tentang Hak Guna Usaha (HGU), Hak Guna Bangunan (HGB) dan Hak Pakai (HP) atas Tanah. Dimana prinsip-prinsip dasar yang berkenaan dengan pengaturan Hak Guna Usaha (HGU); Hak Guna Bangun (HGB) dan Hak Pakai (HP) yang merupakan pengaturan tentang penguasaan, pemilikan dan penggunaan tanah. Secara umum Peraturan Pemerintah No. 40 Tahun 1996 Tentang Hak Guna Usaha (HGU), Hak Guna Bangunan (HGB) dan Hak Pakai (HP) ini, mengatur

beberapa hal yang terbagi dalam ketentuan umum dan substansi pokok yang masing-masing terdiri dari delapan bagian yaitu :

- Subyek hak (atas tanah);
- Jenis/macam tanah yang dapat diberikan dengan HGU/HGB/HP;
- Terjadinya hak;
- Kewajiban dan hak pemegang hak;
- Pembebanan;
- Peralihan hak; dan
- Hapusnya hak.

(h) Masalah Kontrak Konsesi

Kontrak konsesi ini merupakan kontrak untuk membangun serta pengoperasiannya sekaligus juga penerimaan / pendapatan dari investasi yang telah dilakukan oleh investor dalam jangka waktu tertentu (disebut jangka waktu konsesi) atau kontrak yang berisikan tentang hak investor untuk mengoperasikan, memelihara serta untuk mengambil manfaat ekonomi guna menutup (mengganti) biaya pembangunan yang

bersangkutan dan memperoleh keuntungan yang diharapkan.

Adapun hal-hal yang termuat dalam kontrak konsesi tersebut antara lain :

- Pernyataan yang jelas mengenai hak konsesi yang eksklusif seperti halnya kontrak BOT pada umumnya, seringkali berkaitan dengan masalah monopoli dalam pengelolaan atau pengoperasiannya serta tidak jarang keuntungan pengoperasian proyek dengan Sistem Bangun Guna Serah (BOT) ini hanya dapat diraih dengan pemberian monopoli, namun demikian tidak semuanya melibatkan monopoli didalamnya, sehingga apabila manfaat ekonomi proyek tersebut tergantung pada segi-segi monopoli tersebut, maka pemilik hak eksklusif / pemilik lahan, harus memberikan hak eksklusif di dalam kontrak konsesi ini.

- Lingkup proyek, jangka waktu terpendek dari pengoperasian serta kemungkinan perpanjangan

Dalam kontrak konsesi ini dijelaskan tentang apa-apa yang dibutuhkan oleh investor, apa yang boleh

dan tidak boleh dilakukan dan yang paling penting adalah untuk berapa lama pengelolaan diberikan atau berapa lama waktu yang dibutuhkan investor / pengelola untuk mengembalikan semua investasi serta biaya yang telah dikeluarkan.

- Komitmen dukungan pemerintah;

Komitmen dukungan pemerintah dibutuhkan apabila kontrak Bangun Guna Serah (BOT) diadakan antara pemerintah dengan investor (swasta). Dalam pelaksanaannya akan memerlukan berbagai macam bantuan dari pemerintah, sehingga dalam kontrak konsesi harus dijelaskan bentuk dukungan, bentuk pemberian jaminan, peraturan perundang-undangan, perkecualian atas perubahan pemerintahan atau bentuk bantuan lain yang hanya dapat diberikan oleh pemerintah.

- Aspek keuangan, *supply* dana, pertukaran mata uang asing dan pajak keuntungan yang diterima dari pengoperasian pembangunan proyek bersangkutan.

- Pengalihan pada *operator* lain;

Pemilik hak eksklusif / pemilik lahan dalam kondisi khusus berharap dapat menunjuk pengganti *operator* lain atau mengambil alih operasional jika *operator* semula tidak dapat melaksanakan kewajibannya, maka secara tegas dicantumkan dalam kontrak konsesi.

- Hak atas *property*

Hak atas *property* ini dimaksudkan hal selama kontrak berlangsung dan pada akhir masa konsesi untuk dialihkan kepada pemerintah / pemilik lahan.

(ii) Penyelesaian Sengketa

Apabila terjadi sengketa berkaitan dengan pelaksanaan kontrak tersebut, maka para pihak dapat memilih untuk menyelesaikan diluar pengadilan atau membawanya ke depan pengadilan. Para pihak dalam perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) atas dasar kesepakatan bebas untuk memilih cara penyelesaian yang ingin ditempuh karena hubungan kontrak merupakan hubungan keperdataan yang bersifat kepentingan pribadi.

Masalah yang mempengaruhi penyelesaian sengketa dan eksekusi apabila terjadi wan prestasi dapat dijelaskan sebagai berikut :

- Bentuk Perjanjian

Pilihan untuk menggunakan alat bukti yang sempurna seperti akta notariil sangat mendukung proses penyelesaian, mengingat beban pembuktian ada di pundak pihak yang melakukan pelanggaran (wan prestasi).

- Kemampuan para pihak

Hal ini menyangkut itikad baik para pihak dalam memberikan identitas masing-masing seperti dokumen perusahaan, maupun mentaati peraturan yang berlaku

- Adanya Jaminan

Jaminan bagi pelaksanaan perjanjian sangat dibutuhkan sehingga memudahkan dalam mengeksekusi jaminan yang bersangkutan sesuai dengan jenisnya.

- Pilihan hukum dan yurisdiksi

Untuk memperkecil biaya dan waktu, sebaiknya memilih yurisdiksi pengadilan negeri yang mempunyai kewajiban dari perjanjian.

Berdasarkan temuan di lapangan, penelitian terlihat konstruksi Perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) yang umumnya dilakukan oleh departemen (BUMN) maupun pemerintah daerah dan pemilik lahan selaku pemegang hak atas tanah dalam kerjasama investasi dengan sistem bangun guna serah, biasanya mengatur antara lain hal-hal sebagai berikut :

Bab I Ketentuan umum, yang berisi mengenai pengertian (*terminologi*) dan para pihak.

Bab II Ketentuan pelaksanaan umum, yang berisi mengenai lingkup pekerjaan, biaya pembangunan, syarat pelaksanaan pembangunan, uji terima, kewajiban para pihak, asuransi, pengawas pelaksana, laporan, izin-izin, dokumentasi, keselamatan kerja, gudang dan pos kerja, kerusakan dan kerugian.

Bab III Ketentuan Pengoperasian dan Bagi Hasil, yang berisi mengenai pengoperasian, pelaksanaan pemasaran, pembagian pendapatan, tarif, *asset* dan penyerahan hak.

Bab IV Ketentuan lain, yang berisi mengenai jaminan investor, jaminan departemen yang bersangkutan, *force majeure*, pemutusan perjanjian, domisili, penyelesaian perselisihan, lampiran, amandemen, forum konsultasi, perjanjian tambahan dan penutup.

Perjanjian Bangun Guna Serah, sebagai perikatan yang lahir dari hubungan hukum antara pemegang hak atas tanah atau pemegang hak eksklusif atas tanah dengan investor untuk tujuan memperoleh keuntungan yang diharapkan. Berdasarkan hasil penelitian melibatkan para pihak yaitu :

(1) Pihak pertama dapat terdiri dari :

- a. Pemilik tanah strategis (Swasta) yaitu pihak yang menyediakan tanah yang letaknya strategis pada jalur perekonomian ataupun letaknya sangat mungkin diambil manfaat ekonominya secara besar;
- b. Pihak pemegang / pemilik hak eksklusif (umumnya pemerintah) yaitu suatu badan hukum pemerintah yang berdasarkan suatu peraturan perundang-

undangan memiliki hak untuk menjalankan suatu usaha tertentu. Misalnya Pemerintah Daerah dan BUMDnya, Departemen dan BUMN, yang memiliki hak untuk mengelola satu unit usaha. Oleh karena hak kelola tersebut dimiliki atau diberikan berdasarkan peraturan perundang-undangan, maka hak itu dinamakan hak eksklusif.

(2) Pihak Kedua

Yang dimaksud pihak kedua dalam perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) ini adalah investor atau penyandang dana yang menanamkan modal atau dananya untuk membangun proyek yang dibiayai dengan sistem Bangun Guna Serah (BOT), yang dalam hal ini bisa perorangan, suatu badan usaha yang berbadan hukum maupun badan usaha yang bukan badan hukum atau dapat pula suatu kumpulan yang menyediakan dananya untuk membiayai pembangunan proyek dengan sistem Bangun Guna Serah (BOT).

b. Klasifikasi Pemanfaatan Perjanjian Bangun Guna Serah Sebagai Alternatif Investasi Bidang Pariwisata Di Bali

Berdasarkan kajian naskah perjanjian yang telah dilakukan terhadap kegiatan kerjasama investasi dengan Bangun Guna Serah (BOT) di Bali, dapat dikemukakan bahwa, pemanfaatan perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) oleh Pemerintah atau departemen dengan Badan Usaha Milik Negaranya (BUMN) oleh Pemerintah Daerah atau Badan Usaha Milik Daerah (BUMD) sebagai pemilik hak eksklusif dan oleh swasta atau pemilik lahan-lahan strategis.

Adapun klasifikasi pemanfaatan perjanjian kerjasama investasi dengan Bangun Guna Serah (BOT) ini adalah sebagai berikut :

(1) Pemanfaatan oleh pemerintah (pemilik hak eksklusif)

Globalisasi telah memacu kerjasama (kemitraan) semakin memainkan peran penting. Integrasi pasar dunia telah memasuki tahapan yang sangat pesat. Situasi ini dipercepat oleh kesepakatan putaran Uruguay (*Urugay Round*) dan kerjasama ekonomi di beberapa belahan dunia seperti *APEC (Asia Pasific Enomic Cooperation)*, *EC (European Community)*, *NAFTA (North America Free Area)*, *CER (Australia New Zealand Closer Economic Relations Trade Arrangement)*, *AFTA (Asia*

Free Trade Area). Blok-blok perdagangan yang sebelumnya merupakan kelompok negara yang eksklusif dalam memproteksi pasar dalam kelompoknya dari penetrasi produk negara-negara di luar kelompoknya, dalam perkembangan dewasa ini cenderung untuk memberikan dukungannya kepada sistem perdagangan multilateral yang bebas dan terbuka. Hal ini telah membawa konsekuensi logis terhadap terjadinya *globalization of competition*.⁹¹⁾

Menduniannya persaingan tidak hanya membuat usahawan menjadi sadar dan terdorong untuk berupaya agar semakin mampu memperluas *outlet* secara nasional maupun internasional, tetapi yang juga tidak kalah pentingnya adalah mempertahankan pangsa pasar domestik dari menyusupnya produk impor. Untuk hal ini diperlukan strategi memanfaatkan potensi-potensi globalisasi melalui pengembangan *networking*.

Dalam rangka pemanfaatan Perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) sebagai alternatif investasi yang dilaksanakan oleh

⁹¹⁾ Dono Iskandar Djojo Subroto, dalam Risalah Seminar Sehari Peran Swasta dan Kepentingan Masyarakat dalam Pembangunan Infrastruktur, IPPN/INDES, 1997.

pemerintah dan swasta ini, didalam praktek dapat dikategorikan menjadi dua (2) bagian yaitu :

a) Pemanfaatan oleh Pemerintah / Departemen dengan BUMNnya

Kerjasama usaha atau kemitraan usaha yang tidak lagi hanya *concern* bagi usaha sektor swasta tetapi juga sektor pemerintah, telah menjadi salah satu pendekatan atau taktik bisnis dalam memadukan kekuatan dalam menghadapi persaingan. Dengan melakukan kerjasama (kemitraan) maka beberapa kendala akan lebih mudah diatasi, bahkan *sharing* atau kontribusi yang diberikan oleh *partner* akan menjadi *facilitator* dalam mengembangkan usaha. Beberapa kesulitan umum yang bisa dijumpai oleh lembaga usaha adalah masalah permodalan, penguasaan teknologi, akses pasar dan tenaga ahli (sumber daya manusia). Melalui kerjasama akan dapat membantu dalam memperbaiki struktur permodalan, penguasaan teknologi tertentu sesuai dengan bidang usaha yang ditekuni, memperkuat sumber daya manusia, serta meningkatkan daya saing dan pangsa pasar. Semua ini merupakan sasaran antara dari program kerja sama guna mencapai sasaran akhir dalam memaksimalkan keuntungan.

Kemitraan dikalangan usaha swasta telah lama dipraktekkan dan dimanfaatkan sebagai suatu strategi atau taktik bisnis. Tetapi dalam beberapa tahun terakhir, kerjasama (kemitraan) ini tidak saja menyentuh antar usaha swasta saja, tetapi juga dengan sektor pemerintah. Bahkan swasta (*public private relationship*) telah menjadi semakin *intens*.

Dilihat dari aspek dunia usaha, kerjasama kemitraan telah semakin menjadi model strategi bisnis dewasa ini, terutama dalam upaya menghadapi persaingan global yang semakin tajam. Kerjasama juga berperan dalam meluruskan fungsi kelembagaan usaha, dimana lebih lanjut akan berpengaruh terhadap perubahan struktur pasar. Hal ini ditandai dengan masuknya sektor swasta ke dalam pasar yang sebelumnya secara eksklusif dikuasai oleh sektor pemerintah (BUMN).

Dalam rangka program pemerintah untuk meningkatkan produktifitas dan efisiensi BUMN telah dilakukan kerjasama investasi dengan konsep Bangun Guna Serah (BOT). Sebagai contoh, Perum Kereta Api banyak melakukan dalam kaitannya dengan pemanfaatan aset yang

mengganggu seperti pemanfaatan tanah untuk pertokoan, ruko atau hotel, dengan tujuan untuk memberikan nilai tambah. Dalam hal ini pihak investor (swasta) berkewajiban untuk menyediakan dana untuk pembangunan dan pengelolaan pertokoan, perkantoran atau hotel untuk jangka waktu tertentu (biasanya 30 tahun) serta membayar prosentase tertentu (antara 3 – 5%) dari keuntungan usaha kepada Perum Kereta Api. PT. Telkom melakukan kerjasama untuk membangun saluran telepon, pertokoan atau perkantoran dengan konsep Bangun Guna Serah (BOT) dan PT. Jasa Marga melakukan kerjasama investasi dengan konsep BOT dalam rangka pembangunan jalan tol.

b) Pemanfaatan oleh Pemerintah Daerah (BUMD / Perusahaan Daerah)

Berdasarkan hasil penelitian yang dilakukan, dapat diketahui bahwa, pemerintah daerah dalam rangka pembangunan daerah diberikan hak eksklusif untuk memanfaatkan tanah berupa hak pakai maupun hak pengelolaan akan tetapi karena terbatasnya anggaran yang dimiliki oleh Pemda maka tidak seluruhnya dapat direalisasikan untuk proyek-proyek pembangunan.

Upaya pemerintah daerah dalam mengatasi kondisi demikian adalah dengan cara mengundang investor untuk bekerja sama dalam memanfaatkan tanah-tanah pemda. Seperti untuk pembangunan kawasan pariwisata, hotel, *cottage* maupun taman rekreasi.

Kerjasama antara pemerintah daerah (pemda) dan swasta (investor) dilaksanakan langsung oleh pemerintah daerah ataupun oleh perusahaan daerah atau BUMD. Adapun bentuk-bentuk kerjasama yang telah dilakukan oleh pemda Bali dan swasta (investor) meliputi :

Perjanjian kerjasama perusahaan tanah pemda di Sanur, Nusa Dua, Padang Galak, kerjasama operasional, kerjasama bagi tempat usaha maupun kerjasama bagi keuntungan.

Pola kerjasama investasi dengan sistem Bangun Guna Serah (BOT) merupakan salah satu cara yang telah dilakukan dalam rangka mengatasi masalah pembiayaan proyek. Karena cara pembiayaan seperti ini tidak membutuhkan pembayaran kembali di masa yang akan datang, sehingga tidak memberatkan neraca pembayaran. Pembiayaan proyek yang menggunakan sistem Bangun Guna Serah (BOT) telah

menjadi teknik pembiayaan efektif dalam menggali sumber-sumber swasta dalam pembangunan dengan tanpa banyak merubah kerangka peraturan yang ada.

c) Pemanfaatan oleh swasta (pemilik lahan)

Pemanfaatan pola kerjasama investasi dengan sistem Bangun Guna Serah (BOT) ini, berdasarkan hasil penelitian di Bali, diketahui bahwa perjanjian yang dibuat pada dasarnya merupakan suatu perjanjian yang berlandaskan pada “asas kerjasama yang saling menguntungkan”, dimana pemilik lahan yang semula hanya memiliki lahan (atau beserta bangunannya) saja setelah adanya kerjasama dengan perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) pada suatu saat akan memiliki bangunan (atau bangunan yang lebih baik dari bangunan semula). Begitu pula pihak pemerintah yang semula hanya memiliki hak eksklusif saja yang bilamana akan mewujudkan fisik bangunannya tidak ada dana yang cukup, setelah adanya kerjasama investasi melalui perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) akan memiliki fisik bangunan yang diharapkan. Demikian pula bagi pihak investor dengan adanya kerjasama investasi ini juga akan memetik suatu keuntungan yang diharapkan.

Dari sumber data tersebut tidak ada satupun yang memakai istilah perjanjian Bangun Guna Serah (BOT), padahal unsur-unsur perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) telah dipenuhi. Adapun istilah yang mereka gunakan adalah : kontrak bangunan, sewa menyewa tanah, perjanjian pemakaian tanah dan perjanjian kerjasama.

Perjanjian sewa menyewa tanah yang memenuhi unsur-unsur Perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) bisa ditemukan di dalam pembangunan *cottage*, *art shop*, ruko, perkantoran, pusat perbelanjaan ataupun usaha-usaha lain yang terdapat di daerah Kuta, Sanur dan Denpasar Bali. Demikian pula perjanjian dengan istilah perjanjian pemakaian tanah atau perjanjian dengan istilah perjanjian pemakaian tanah atau perjanjian kerjasama yang memenuhi unsur-unsur perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) banyak dipraktekkan di daerah Bali. Dalam perjanjian tersebut pihak pemilik lahan (pihak pertama) ada yang merupakan perorangan tetapi juga ada yang merupakan sekelompok orang baik yang berupa tanah pribadi ataupun tanah milik adat.

Pada umumnya pemanfaatan perjanjian kerjasama ini dilaksanakan atas dasar pertimbangan segi-segi ekonomis dan non ekonomis dari pembangunan pada umumnya dan pembangunan pariwisata khususnya di Bali dapat diuraikan sebagai berikut :

a. Pemanfaatan dari Segi Ekonomis Perjanjian Bangun Guna Serah (BOT)

Krisis ekonomi yang menerpa Indonesia sejak awal 1998 sangat dirasakan pada kemampuan pemerintah untuk mendanai proyek pembangunan yang telah dijadwalkan, menurunnya kemampuan pemerintah dalam menyediakan anggaran untuk pengadaan sarana dan prasarana sangat dirasakan pengaruhnya bagi pemerintah daerah kabupaten/kota dalam mercalisasi proyek pembangunan yang sangat dibutuhkan rakyat banyak.

Salah satu alternatif pembiayaan proyek yang dapat dilakukan adalah dengan mengundang pihak swasta untuk berpartisipasi dalam pengadaan proyek pemerintah dengan sistem Bangun Guna Serah (BOT) karena sistem perjanjian ini banyak menawarkan kelebihan-kelebihan

bagi pihak yang terkait daripada dengan sistem yang lainnya.

Disamping itu pemanfaatan ekonomis dari perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) ini dapat mengembangkan, meningkatkan dan memperlancar pembangunan pariwisata di Indonesia, khususnya di Bali. Oleh karena untuk membangun sarana fisik yang berupa gedung kantor, hotel, apartemen, *cottage*, rumah kontrakan dan pusat pertokoan beserta prasarananya (jalan tol, sistem transportasi, sarana telekomunikasi dan pembangkit tenaga listrik) memerlukan biaya yang tidak sedikit jumlahnya, sehingga bagi seseorang ataupun anggota masyarakat maupun pemerintah yang memiliki atau menguasai lahan strategis untuk kegiatan bisnis, namun tidak memiliki daya guna mewujudkan tempat berbisnis, mempunyai kecendrungan untuk menjalin kerjasama dengan pihak investor untuk membiayai pembangunan sarana maupun prasarana tersebut dengan sistem Bangun Guna Serah (BOT).

Akhir-akhir ini begitu banyak bermunculan tipe-tipe kontrak pemborongan, yang umumnya disesuaikan

dengan sistem pembiayaannya. Banyak corak ragam tersebut untuk menjawab kreasi para pelaku dalam bisnis konstruksi tersebut ada yang merupakan kombinasi dan dari beberapa pola tradisional. Tetapi banyak pula yang merupakan benar-benar produk baru sama sekali seperti kontrak Bangun Guna Serah (BOT) yang benar-benar merupakan model yang dahulunya belum pernah ada.

Model kontrak konstruksi Bangun Guna Serah (BOT) sangat banyak dipraktekkan dewasa ini. Dengan kontrak Bangun Guna Serah (BOT), pihak kontraktor menyerahkan bangunan yang sudah dibangunnya itu setelah masa transfer, sementara sebelum proyek tersebut diserahkan, ada masa tenggang waktu bagi pihak investor (misalnya 30 tahun) yang disebut dengan masa konsesi, untuk mengoperasikan proyek dan memungut hasil/*revenue* sebagai imbalan dari jasa membangun proyek yang bersangkutan. Dengan demikian proyek yang cocok untuk kontrak Bangun Guna Serah (BOT)

adalah proyek-proyek yang menghasilkan *revenue* yang cepat.⁹²⁾

Ada beberapa keuntungan yang diperoleh dari pemanfaatan perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) yaitu :

1) Keuntungan bagi pihak swasta pemilik lahan

- a. Pemilik lahan dengan tidak mengeluarkan biaya pada saat berakhirnya perjanjian BOT akan memiliki bangunan;
- b. Pemilik lahan serasa terentaskan dari kemiskinan karena disamping akan mendapat bangunan, biasanya juga mendapat uang dan dengan uang itu bisa dimanfaatkan untuk usaha lain untuk meningkatkan taraf hidupnya.

2) Keuntungan bagi pemerintah

Beberapa keuntungan yang akan diperoleh pemerintah c.q. departemen bersangkutan dalam membiayai proyek infrastrukturnya antara lain :

⁹²⁾ Munir Fuady, Op.Cit, hal 51

- a. Pemerintah dapat mengurangi penggunaan dana APBN, APBD dan mengurangi jumlah pinjaman;
- b. Menguntungkan secara finansial dan administratif;
- c. Pada akhir masa pengelolaan oleh pihak investor, segala bangunan dan fasilitas yang ada diserahkan kepada pemerintah;
- d. Tidak menimbulkan beban utang bagi pemerintah;
- e. Membuka lapangan kerja baru;
- f. Mempercepat proses alih teknologi terutama jika investor dari luar negeri.

3) Keuntungan Bagi investor

- a. Membuka kesempatan kepada investor, untuk memasuki bidang-bidang usaha yang semula hanya diberikan atau dikelola oleh pemerintah atau BUMN;
- b. Memperluas usaha dan ekspansi ke bidang-bidang usaha yang mempunyai prospek baik dan menguntungkan;
- c. Menciptakan bidang dan iklim usaha yang baru;
- d. Dapat memanfaatkan lahan-lahan strategis.

b. Pemanfaatan Non Ekonomi Perjanjian Bangun Guna Serah

Kerjasama investasi melalui Bangun Guna Serah (BOT), disamping dimanfaatkan untuk kepentingan pembangunan bidang ekonomi, juga dapat dimanfaatkan untuk kebutuhan pembangunan non-ekonomi yang pada prinsipnya meliputi :

1) Pemanfaatan lahan-lahan terlantar

Penelantaran tanah sebagai akibat terbatasnya anggaran pembiayaan sering terjadi, baik tanah-tanah sebagai aset/modal pemerintah daerah (Pemda) yang menguasai tanah dengan hak pakai, hak pengelolaan atau sebagai pemegang hak eksklusif maupun tanah-tanah hak milik yang dikuasai oleh swasta.

Akibat penelantaran tanah ini telah banyak terjadi pemanfaatan oleh penggarap-penggarap liar yang pada akhirnya akan menimbulkan sengketa-sengketa tanah baik antara sesama penggarap, antara penggarap dengan pemilik swasta maupun pemerintah.

Dari kondisi tersebut kiranya, menetralsir pemanfaatan lahan secara efektif dan efisien dapat

dilakukan dengan cara mengundang investor untuk kerjasama dalam memanfaatkan lahan-lahan melalui perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) karena kerjasama pembangunan dengan cara Bangun Guna Serah (BOT) dapat dilakukan tanpa ada pengalihan hak atas tanah. Pihak investor dalam jangka waktu yang diperjanjikan mendapat kesempatan untuk memperoleh kembali dana yang diinvestasikan dan mendapatkan keuntungan selama masa konsesi dan masa *enjoyment*.

- 2) Pemanfaatan lahan sebagai upaya mengurangi eksploitasi lahan yang berimplikasi pada struktur kependudukan dan pembangunan budaya daerah. Dimana pemanfaatan kerjasama investasi melalui perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) sebagaimana telah diuraikan di atas, tidak mengubah status tanah, tidak mengalihkan hak atas tanah dan yang terjadi hanya pengelolaan tanahnya saja. Sehingga pembangunan budaya pada masyarakat dapat dilakukan secara berkelanjutan.

3) Pemanfaatan Administratif Pembangunan Tata Ruang Daerah/ Kota

Hal ini terlihat dari pengadaan studi kelayakan terhadap suatu proyek dalam perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) dilakukan oleh pihak investor sehingga pemerintah tidak harus mengadakan studi kelayakan lagi disamping biaya dan resiko ada pada pihak lain yaitu investor serta dari segi mutunya pun dapat diandalkan.

4. Akibat Hukum Perjanjian Bangun Guna Serah Sebagai Alternatif Investasi.

Berdasarkan hasil penelitian yang dilakukan baik terhadap data sekunder yang didukung oleh data primer diperoleh hasil bahwa hubungan hukum yang terjalin diantara para pihak itu pada dasarnya merupakan realisasi dari hasil kesepakatan yang merupakan perbuatan hukum yang disebut perjanjian. Selanjutnya perjanjian tersebut dituangkan dalam bentuk tertulis agar memiliki kekuatan mengikat secara hukum bagi para pihak dapat dipahami, dibuatnya perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) secara tertulis adalah untuk melindungi para pihak, jika salah satu pihak wan prestasi atau ingkar janji, maka pihak yang dirugikan dapat mengambil tindakan sesuai dengan hak-hak yang ada didalam perjanjian tersebut.

Sebagaimana tergambar dalam mekanisme dan konstruksi perjanjian Bangun Guna Serah (BOT), maka tampak adanya beberapa hubungan hukum yang terjalin yaitu :

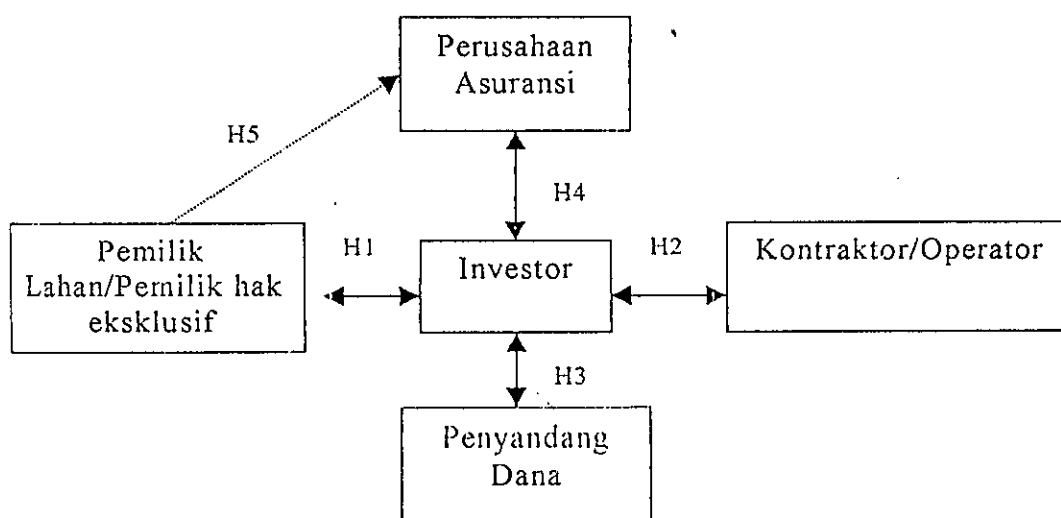
- a. Hubungan hukum antara pemilik lahan/pemilik hak eksklusif dan investor yaitu : hubungan hukum perjanjian (kontrak) yang berisikan tentang penyerahan studi kelayakan, pengadaan barang dan peralatan, pembangunan serta pengoperasian hasil pembangunannya kepada pihak investor ; dan investor ini dalam jangka waktu tertentu mengambil manfaat ekonomi dari bangunan bersangkutan dengan maksud untuk mengganti biaya yang telah dikeluarkan investor dalam membangun proyek tersebut, kemudian setelah jangka waktu tertentu tersebut (20 – 30 tahun) selesai, bangunan beserta fasilitas yang melekat padanya diserahkan kepada pemilik hak eksekutif atau pemilik lahan.
- b. Hubungan hukum antara investor dan penyandang dana (lembaga keuangan). Hubungan hukum ini ada, apabila investor dalam pembangunan proyek yang bersangkutan memanfaatkan dana dari pihak lain seperti perbankan. Pihak bank dalam hal ini mengharapkan pembayaran kembali pinjaman dari hasil pembangunan proyek yang bersangkutan.
- c. Hubungan hukum antara investor dan kontraktor/operator. Hubungan hukum ini terjadi apabila investor memanfaatkan jasa kontraktor/operator dalam menyelesaikan pembangunan proyek Bangun

Guna Serah (BOT), yang didasarkan atas perjanjian pelaksanaan pekerjaan (pembayaran bangunan).

- d. Hubungan hukum antara investor dengan perusahaan asuransi. Mengenai hubungan hukum antara investor dengan perusahaan asuransi dalam perjanjian Bangun Guna Serah (BOT), dari hasil penelitian diketahui bahwa hubungan tersebut terjadi atas dasar perbuatan hukum yang disebut perjanjian asuransi.

Mengenai bagaimana hubungan hukum diantara para pihak tersebut dilakukan, dibawah ini untuk lebih jelasnya akan ditampilkan skema/bagan hubungan hukum tersebut.

Skema : Hubungan Hukum Perjanjian Bangun Guna Serah (BOT)



Keterangan :

H1 : Hubungan hukum antara pemilik lahan/pemilik hak eksklusif dengan investor berdasarkan perjanjian Bangun Guna Serah (BOT)

H2 : Hubungan hukum antara investor dengan kontraktor/operator berdasarkan perjanjian pelaksanaan pekerjaan .

H3 : Hubungan hukum antara penyandang dana (lembaga keuangan berdasarkan perjanjian pembiayaan.

H4 : Hubungan hukum antara investor dengan perusahaan Asuransi berdasarkan perjanjian penanggungan.

H5 : Hubungan hukum antara pemilik lahan/pemilik hak eksklusif dengan perusahaan asuransi bukan didasarkan hubungan kontrak tetapi sebagai tertanggung.

Sebagai akibat dari hubungan hukum perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) maka menimbulkan hak dan kewajiban pada masing-masing pihak yang membuat perjanjian. Dari hasil penelitian diketahui adalah sebagai berikut :

Kewajiban investor selama melakukan pembangunan proyek maupun selama masa konsesi adalah

- 1) Menggunakan segenap daya dan usaha untuk menyelesaikan proyek yang bersangkutan tepat pada waktunya;

- 2) Menyediakan perangkat sarana dan prasarana untuk digunakan dalam proyek yang bersangkutan sesuai standar yang disepakati.
- 3) Menjamin bahwa barang-barang sebagai perangkat sarana dan prasarana tersebut diperoleh dengan tidak melanggar hukum.
- 4) Mengasuransikan asset seluruhnya yang sedang dibangun selama pembangunan dan pengoperasian proyek yang bersangkutan dengan biaya investor.
- 5) Memelihara dan menjaga dengan baik bagaimana lazimnya apa yang disewa menurut ketentuan, peraturan dan kebiasaan yang berlaku, atas ongkos/biaya yang harus dipikul oleh pihak investor.
- 6) Memperbaiki kerusakan-kerusakan yang terjadi atas apa yang disewa menurut ketentuan, peraturan dan kebiasaan yang berlaku atas ongkos/biaya yang harus dipikul oleh pihak investor;
- 7) Mentaati semua ketentuan peraturan yang berlaku baik yang sekarang telah ada maupun yang akan ada kemudian;
- 8) Untuk tanah yang disewa tersebut sekiranya kemudia dikenakan pajak bumi dan bangunan (PBB), maka PBB tersebut ditanggung dan harus dibayar oleh investor.
- 9) Tidak menjadikan tanggungan/jaminan untuk pelunasan sesuatu hutang dalam bentuk dan menurut cara apapun yang dibuat oleh pihak investor dengan pihak siapa pun juga.

10) Menyerahkan seluruh asset hasil pembangunan proyek yang bersangkutan, setelah jangka waktu konsesi berakhir (sesuai dengan yang diperjanjikan).

Hak investor meliputi :

- 1) Untuk atas biaya dan resiko sendiri ; mendirikan bangunan-bangunan diatas tanah yang disewa/dikelolanya menurut rencana yang dikehendaki atas biaya dan resiko pihak investor sendiri;
- 2) Mengadakan perubahan-perubahan yang diperlukan atas bangunan-bangunan tersebut bila diperlukan dengan ketentuan:
 - Izin yang diperlukan dari instansi yang berwenang untuk mendirikan, memiliki dan mempergunakan bangunan-bangunan tersebut akan diurus oleh dan atas biaya pihak kedua (investor) sendiri ;
 - Bentuk, ukuran dan jenis bahan-bahan dari bangunan tersebut maupun perubahan yang diperlukan ditetapkan oleh pihak kedua (investor) sendiri;
 - Untuk melaksanakan pembangunan diatas tanah yang disewanya/dikelolanya; pihak kedua berhak memotong/menebang pohon yang menghalangi pembangunan bangunan/proyek yang dilaksanakan oleh pihak kedua tanpa pihak kedua diwajibkan menu bayar ganti rugi untuk itu berupa ataupun kepada siapa pun;

- Menambah/memasang perlengkapan atau peralatan yang diperlukan seperti ; air, listrik dan telpon dan lain-lainnya atas biaya dan resiko pihak kedua ;
 - Menyewakan ruangan dalam bangunan tersebut kepada pihak lain untuk jangka waktu yang tersisa sampai perjanjian Bangun Guna Serah berakhir baik seluruhnya maupun sebagian asal memberitahukan terlebih dahulu kepada pihak kesatu.
- 3) Investor berhak mengelolakan dan mengambil hasil/keuntungan yang diperoleh dari hasil operasional pembangunan bangunan yang bersangkutan.

Dengan demikian kewenangan para pihak dalam perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) berarti apa yang menjadi kewajiban pemerintah/swasta selama proyek itu dikerjakan oleh investor dan hak yang akan diperoleh setelah proyek tersebut selesai dibangun, demikian pula apa saja yang menjadi kewajiban investor selama ia mengerjakan proyek dan hal-hal apa yang akan diterima dari pemegang hak eksklusif/swasta selaku pemilik lahan setelah proyek itu selesai dikerjakan.

Akibat hukum suatu perjanjian pada dasarnya lahir dari adanya hubungan hukum yang menimbulkan seperangkat hak dan kewajiban.

Pemenuhan hak dan kewajiban inilah yang merupakan salah satu bentuk dari pada akibat hukum perjanjian, kemudian hak dan kewajiban ini tidak lain adalah hubungan timbal balik dari para pihak, maksudnya kewajiban di pihak pertama merupakan hak bagi pihak kedua, begitu pun sebaliknya kewajiban di pihak kedua merupakan hak bagi pihak pertama.

Berdasarkan hasil penelitian yang dilakukan baik terhadap data sekunder yang didukung oleh data primer diperoleh hasil bahwa akibat hukum dari perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) adalah sebagai berikut :

- a. Pemilik lahan/pemilik hak eksklusif selama masuk konsensi jangka waktu Bangun Guna Serah, berlangsung tidak dapat menguasai lahan beserta bangunannya, yaitu umumnya selama 20 – 30 tahun. Serta tidak dapat menjaminkan kepada pihak lain untuk mendapatkan perjanjian, karena telah dikuasai oleh investor.
- b. Pemilik lahan/pemilik hak eksklusif dalam jangka waktu perjanjian Bangun Guna Serah berjalan, dengan alasan apapun tidak dapat mengakhiri perjanjian secara sepihak, apabila hal tersebut dilakukan maka dianggap tidak sah dan karenanya pihak pemilik lahan/pemilik hak eksklusif dapat dituntut ganti rugi oleh investor.
- c. Pemilik lahan/pemilik hak eksklusif memberikan jaminan kepada pihak investor bahwa ; ia adalah satu-satunya pihak yang berhak

menyewakan tanah yang disewakannya menurut akta perjanjian Bangun Guna Serah (BOT), sehingga tanah yang dijadikan obyek Bangun Guna Serah (BOT) tersebut tidak mendapat gangguan dari pihak pemilik lahan atau pihak yang mendapat hak dari pihak pemilik lahan/pemilik hak eksklusif atau pun pihak ketiga.

- d. Pemilik lahan/pemilik hak eksklusif memberikan jaminan kepada investor bahwa obyek tanah dan turutannya tersebut bebas dari sitaan, tidak sedang dijaminkan guna pelunasan suatu hutang, tidak dalam sengketa dan bebas dari segala tagihan berupa apapun dari yang berwajib.
- e. Dengan perjanjian Bangun Guna Serah tersebut pemilik lahan/pemilik hak eksklusif berjanji dan mengikatkan diri untuk memberikan Hak Guna Bangunan atau hak-hak lain yang diperlukan investor sepanjang dimungkinkan berdasarkan aturan perundangan yang berlaku diatas tanah dan turutannya tersebut seperti memberikan hak monopoli dalam pengelolaan bangunan. Untuk itu pemilik lahan/pemilik hak eksklusif harus bersedia turut dan atau membantu menghadap kepada pejabat-pejabat yang berwenang guna menandatangani akta-akta atau surat-surat yang diperlukan.
- f. Jika karena sesuatu sebab hak/pemilikan atas tanah obyek Bangun Guna Serah (BOT) tersebut beralih ke tangan pihak lain, maka perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) tersebut tetap berlaku dan

harus dihormati serta segala ketentuan dan syarat-syarat dalam perjanjian bersangkutan harus ditaati secara jujur.

- g. Perjanjian Bangun Guna Serah (BOT), tidak akan menjadi gugur ataupun hapus jika salah satu pihak/para pihak meninggal dunia, melainkan para ahli waris dari yang meninggal dengan pihak yang masih hidup atau para ahli waris mereka atau yang menggantikannya diwajibkan menghormati dan atau melanjutkan perjanjian Bangun Guna Serah ini dengan ketentuan dan syarat-syarat dalam perjanjian tersebut.
- h. Pada saat perjanjian Bangun Guna Serah berakhir/masa perjanjian selesai maka bangunan dan bagian-bagiannya serta turutan dan perlengkapannya termasuk segala perubahan dan tambahan pada bangunan tersebut menjadi hak dan dimiliki pihak pemilik lahan/pemilik hak eksklusif, tanpa harus membayar ganti rugi berupa apapun dan kepada siapapun juga.
- i. Apabila setelah masa perjanjian berakhir, pihak pemilik lahan/pemilik hak eksklusif belum bermaksud untuk mempergunakan/mengelola sendiri dan berkehendak untuk mengalihkan/menyewakan lagi maka pihak investor diberi hak utama/mendahului untuk menyewa/mengelola kembali tanah dengan segala sesuatu yang telah menjadi haknya tersebut dengan syarat dan ketentuan baru yang akan dirundingkan dan disepakati kemudian.

B. Pembahasan Hasil Penelitian

1. Dasar Hukum Perjanjian Bangun Guna Serah (Bot) Sebagai Alternatif Kerja Sama Investasi Di Bali

Berdasarkan hasil penelitian terdapat beberapa ketentuan yang telah diinventarisir dalam hukum Indonesia, yang dapat menjadi dasar hukum bagi eksistensi Perjanjian Kerjasama Investasi dengan sistem Bangun Guna Serah (BOT). Disini dapat dikelompokkan menjadi dua yaitu : ketentuan-ketentuan hukum yang merupakan dasar hukum substantif dan ketentuan hukum yang bersifat administratif.

a. Pembahasan Terhadap Dasar Hukum Substantif

Pada prinsipnya perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) merupakan salah satu bentuk dari perjanjian disamping jenis-jenis perjanjian lainnya. Karena itu dasar hukum bagi suatu perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) tidak jauh berbeda dengan dasar hukum yang berlaku bagi perjanjian-perjanjian secara konvensional. Untuk lebih jelasnya, berikut ini dirinci hal-hal yang merupakan dasar hukum substantif mengenai perjanjian kerjasama investasi dengan sistem Bangun Guna Serah (BOT) yaitu :

1) Dasar Hukum Substantif Murni

Yang menjadi dasar hukum substantif murni bagi kegiatan kjasama investasi dengan sistem Bangun Guna Serah (BOT) adalah ketentuan mengenai perjanjian dalam Kitab Undang-undang Hukum Perdata (KUH Perdata).

Perjanjian, yang berasal dari bahasa Inggris *Contract*, adalah :

*an agreement between two or more persons which creates an obligation to do or not to do a particular thing. Its essentials are competent parties, subject matter, a legal consideration, mutuality of agreement, and mutuality of obligation... The writing which contains the agreement of parties, with the terms and conditions and which serves as a proof of the obligation.*⁹³⁾

Jadi, kontrak adalah suatu persetujuan diantara dua atau lebih orang yang menciptakan kewajiban untuk melakukan atau tidak melakukan sesuatu hal khusus.

Suatu transaksi hanya mungkin terjadi bilamana ada persetujuan antar pihak yang dalam bahasa Inggris disebut dengan *agreement*. Transaksi (*transaction*) adalah : *act of transacting or conducting any business, negotiation, management, proceeding, that*

⁹³⁾ Budi Kusumohamidjojo, Dasar-dasar Merancang Kontrak, PT. Grasindo, Jakarta, 1998, hal. 5.

*which is done... something which has taken place, where by a cause of action has arisen.*⁹⁴⁾

Jadi transaksi adalah suatu tindakan menimbulkan tindakan timbal balik atau penyelenggaraan suatu bisnis. Dan transaksi juga mencakup unsur-unsur merundingkan, mengelola, memproses yang telah diputuskan.

Pasal 1313 KUH Perdata menyatakan bahwa “suatu persetujuan adalah perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih”.

Namun persetujuan (*agreement*) merupakan *a coming together of minds; a coming together in opinion or determination; the coming to gether in accord of two minds on a given proposition.... The union of two or more minds in a thing done or to be done; a mutual assent to do thing.... Agreement is a broader term; e.g. an agreement might lack an essential element of contract.*⁹⁵⁾

Persetujuan dengan demikian dipahami sebagai suatu perjumpaan nalar yang lebih-lebih merupakan penjumpaan pendapat atau ketetapan maksud atau dengan kata lain persetujuan adalah perjumpaan dari dua atau lebih nalar tentang suatu hal yang telah dilakukan atau yang akan dilakukan. Secara lebih luas persetujuan dapat ditafsirkan sebagai suatu kesepakatan timbal balik untuk

⁹⁴⁾ Black's Law Dictionary, Edition, St. Paul, Minn, 1979.

⁹⁵⁾ Ibid.

melakukan sesuatu, dan karenanya sesuatu persetujuan dapat tidak memiliki suatu elemen dari suatu kontrak. Dengan demikian suatu kontrak memiliki unsur-unsur; pihak-pihak yang berkompeten, pihak yang disetujui, pertimbangan hukum, persetujuan timbal balik dan kewajiban timbal balik.⁹⁶⁾

Jika disimak pengertian-pengertian yang telah dijelaskan di atas, dapatlah ditarik suatu hubungan antara pengertian transaksi, persetujuan, kontrak dan perjanjian kerjasama investasi dengan sistem Bangun Guna Serah (BOT) sebagai perwujudan tertulis dari perjanjian pada umumnya yang lahir dari asas kebebasan berkontrak (*freedom of contract*). Dalam hal ini hukum perjanjian merupakan *scheme* yang sifatnya umum. Dalam banyak hal *scheme* tersebut dapat disesuaikan dengan bentuk dan isi dari perjanjian yang disepakati oleh para pihak.

Deal perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) didasari atas satu atau lebih kontrak maka dengan sendirinya hukum tentang perjanjian pada umumnya menjadi salah satu dasar hukumnya. Pemberlakuan asas kebebasan berkontrak menjadi sangat penting dalam hukum tentang perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) mengingat masalah

⁹⁶⁾ Satrio, J., Hukum Perjanjian (perjanjian pada umumnya), Citra Aditya Bakti, Bandung, 1992, hal. 33.

Bangun Guna Serah (BOT), masih sedikit aturan mainnya, berhubung kegiatan Bangun Guna Serah (BOT) yang relatif baru dibandingkan dengan perjanjian-perjanjian yang konvensional seperti perjanjian jual beli, oleh karena itu Bangun Guna Serah (BOT) memiliki unsur-unsur dalam perjanjian sewa menyewa, sehingga harapan dalam praktek agar hal-hal yang disebutkan dalam perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) dapat mengisi kevakuman hukum atau peraturan-peraturan tertulis.

Pasal 1338 KUH Perdata menyatakan bahwa “semua persetujuan yang dibuat secara sah berlaku sebagai Undang-undang bagi mereka yang membuatnya”. Pasal ini dikenal sebagai asas kebebasan berkontrak yang mengandung arti bahwa para pihak bebas atau boleh membuat berbagai persetujuan / perjanjian baik yang sudah diatur dalam undang-undang maupun yang tidak diatur, selama apa yang disepakati tersebut sah.

Mengenai syarat-syarat sahnya suatu perjanjian menurut Pasal 1320 KUH Perdata adalah meliputi :

- Kesepakatan

Yang dimaksud dengan kesepakatan disini adalah adanya rasa ikhlas atau saling memberi dan menerima atau sukarela diantara

pihak-pihak yang membuat perjanjian tersebut kesepakatan tidak ada apabila kontrak dibuat atas dasar paksaan, penipuan atau kekhilafan.

- **Kecakapan**

Kecakapan disini artinya para pihak yang membuat kontrak haruslah orang-orang yang oleh hukum dinyatakan sebagai subyek hukum. Pada dasarnya semua orang menurut hukum cakap untuk membuat kontrak. Yang tidak cakap adalah orang-orang yang ditentukan hukum yaitu : anak-anak, orang dewasa yang ditempatkan di bawah pengawasan (*Curatele*) dan orang sakit jiwa.

- **Hal Tertentu**

Maksudnya adalah objek yang diatur kontrak tersebut harus jelas, setidak-tidaknya dapat ditentukan. Jadi, tidak boleh samar-samar. Hal ini penting untuk memberikan jaminan atau kepastian kepala pihak-pihak dan mencegah timbulnya kontrak fiktif.

- **Sebab yang dibolehkan**

Maksudnya isi kontrak tidak boleh bertentangan dengan perundang-undangan yang bersifat memaksa, ketertiban umum dan atau kesusilaan.

Dengan demikian bagi para pihak yang telah membuat perjanjian secara sah, menurut Pasal 1338 KUH Perdata perjanjian itu mempunyai kekuatan mengikat yang sama dengan Undang-undang. Oleh karena itu bagi pihak-pihak yang membuat perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) yang telah memenuhi syarat-syarat sahnyanya suatu perjanjian, maka menurut hukum yang berlaku di Indonesia. Perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) itu mempunyai kekuatan berlaku sebagai undang-undang bagi para pihak yang membuatnya. Meskipun perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) itu belum diatur secara khusus.

2) Dasar Hukum Substantif Prosedural

Sebagaimana telah dikemukakan pada uraian terdahulu dimana unsur-unsur perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) adalah sebagai berikut :

- a) Adanya para pihak, yaitu pihak investor yang menyediakan dana, dan pihak pemilik lahan / pemilik hak eksklusif;
- b) Adanya obyek yang diperjanjikan dalam perjanjian Bangun Guna Serah yaitu lahan atau beserta bangunannya;
- c) Investor dalam jangka waktu tertentu diberi hak kelola atas bangunan yang ia bangun dengan perjanjian Bangun Guna Serah (BOT);

- d) Setelah lewatnya jangka waktu kelola, investor mengembalikan bangunan beserta fasilitas-fasilitas yang melekat pada bangunan tersebut kepada pemilik lahan/pemilik hak eksklusif.

Berdasarkan hasil penelitian yang telah dilakukan tidak semua perjanjian itu menggunakan istilah Perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) meskipun telah memenuhi unsur-unsur di atas. Adapun istilah yang mereka gunakan adalah : kontrak bangunan; sewa menyewa tanah; pemakaian tanah dan kerjasama. Sehingga dapat dipahami bahwa perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) ini pada hakekatnya adalah merupakan perjanjian sewa menyewa sebagaimana yang diatur dalam pasal 1548 sampai dengan pasal 1600 KUH perdata, maka ketentuan-ketentuan yang terdapat dalam perjanjian sewa menyewa tersebut dapat dijadikan sebagai dasar hukum untuk mengukur pelaksanaan perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) bagi para pihak yang terlibat didalamnya, demikian pula mengatur mengenai bagaimana cara-cara pengembalian bangunan setelah masa Bangun Guna Serah berakhir.

Dengan demikian bagi para pihak yang akan membuat perjanjian Bangun Guna Serah (BOT), ketentuan-ketentuan Pasal 1548 sampai dengan pasal 1600 KUH perdata tentang sewa menyewa dapat dijadikan sebagai dasar hukum substantif.

b. Pembahasan Terhadap Dasar Hukum Administrasi

Disamping dasar hukum yang bersifat substantif ada beberapa dasar hukum dalam Hukum Indonesia yang dapat dijadikan sebagai dasar hukum yang bersifat administratif bagi kegiatan kerjasama investasi dengan sistem Bangun Guna Serah (BOT), diantaranya adalah :

a) Peraturan Perundang-undangan yang menjadi dasar hukum Pengelolaan Badan Usaha Milik Negara (BUMN), Badan Usaha Milik Daerah (BUMD) / Perusahaan Daerah (PD), apabila Pihak Pemerintah melalui Departemen dan/atau Pemerintah Daerah melalui Perusahaan Daerah selalu pemilik hak eksklusif, yaitu antara lain :

- Undang-undang No. 19 Tahun 2003 tentang Badan Usaha Milik Negara (BUMN)

Pasal 1 UU. No. 19 Tahun 2003 menyebutkan bahwa yang dimaksud dengan Badan Usaha Milik Negara adalah Badan Usaha yang seluruh atau sebagian besar modalnya dimiliki oleh negara melalui penyertaan secara langsung yang berasal dari kekayaan negara yang dipisahkan.

Menurut Pasal 14 Undang-undang BUMN, menyatakan bahwa Menteri bertindak selaku RUPS, dapat memberikan kuasa

dengan hak substitusi kepada perorangan atau badan hukum untuk mewakilinya dalam RUPS dan pihak yang menerima kuasa ini wajib terlebih dahulu mendapat persetujuan Menteri untuk mengambil keputusan RUPS mengenai : perusahaan jumlah modal; perubahan anggaran dasar; rencana penggunaan laba; penggabungan, peleburan, pengambilalihan, pemisahan, serta pembubaran persero, investasi dan pembiayaan jangka panjang, kerjasama persero, pembentukan anak perusahaan atau penyertaan, dan pengalihan aktiva.

Dalam Pasal 72 Undang-undang BUMN disebutkan maksud Restrukturisasi BUMN adalah untuk menyehatkan BUMN agar dapat beroperasi secara efisien, transparan dan profesional. Sedangkan restrukturisasi meliputi : restrukturisasi sektoral yang pelaksanaannya disesuaikan dengan kebijakan sektor dan atau ketentuan peraturan perundang-undangan dan restrukturisasi perusahaan / kooporasi.

- Inpres RI No. 5 tahun 1988 Tentang Pedoman Penyehatan dan Pengelolaan Badan Usaha Milik Negara beserta lampirannya, menyebutkan bahwa yang dimaksud dengan kerjasama Operasi (KSO) adalah kerjasama antara dua pihak atau lebih untuk

bersama-sama melakukan suatu kegiatan usaha guna mencapai suatu tujuan tertentu.

Adapun pokok-pokok penyehatan BUMN menurut Inpres tersebut adalah BUMN yang tergolong sehat sekali atau sehat apabila ingin dikembangkan lebih lanjut dapat ditempuh langkah-langkah sebagai berikut : melakukan konsolidasi, penggabungan, memasyarakatkan saham (*go public*), menerima penyertaan langsung, melakukan kerjasama operasi dan atau membentuk perusahaan patungan (*joint venture*).

- Undang-undang No. 1 Tahun 1995 tentang Perseroan Terbatas (PT).
- Peraturan Pemerintah No. 3 Tahun 1983 yang telah diperbaharui dengan Peraturan Pemerintah No. 12 Tahun 1998 tentang Perusahaan Perseroan (Persero).
- Peraturan Pemerintah No. 13 tahun 1998 tentang Perusahaan Umum (Perum).
- Peraturan Pemerintah No. 6 Tahun 2000 tentang Perusahaan Jawatan (Perjan).
- Keputusan Presiden RI No. 39 Tahun 1991 tentang Koordinasi Pengelolaan Pinjaman Komersial Luar Negeri.

Dalam bagian keenam Keppres tersebut menyebutkan bahwa yang tergolong pinjaman yang dikoordinasi pengelolaannya oleh tim pinjaman komersial luar negeri :

- a. Pinjaman yang berhubungan dengan proyek-proyek pembangunan yang pembiayaannya bersifat "*Non-recourse*", "*limited-recourse*", "*advance-payment*", "*leasing*" dan sebagainya.
 - b. Pinjaman yang berhubungan dengan proyek-proyek pembangunan yang pembiayaannya didasarkan kepada "BOT, "B & T" dan sebagainya.
- Keputusan Menteri Keuangan RI No. 740 / KMK.00/1989 tentang Peningkatan Efisiensi dan Produktivitas Badan Usaha Milik Negara.

Menurut Pasal 2 Keputusan Menteri Keuangan tersebut diatas, peningkatan efisiensi dan produktivitas BUMN dilakukan melalui restrukturisasi perusahaan, yang meliputi : perubahan status hukum BUMN kearah yang lebih menunjang pencapaian maksud dan tujuan perusahaan, kerjasama operasi atau kontrak manajemen dengan pihak ketiga, konsolidasi atau *merger*, pemecahan badan usaha, penjualan saham secara langsung (*direct placement*); dan pembentukan perusahaan patungan.

- Peraturan Menteri Dalam Negeri No. 3 tahun 1983 tentang Bentuk-bentuk Penyertaan Modal Daerah pada Swasta;
 - Peraturan Menteri Dalam Negeri No. 4 Tahun 1990 tentang Bentuk-bentuk Kerjasama yang dapat dilaksanakan Antara Perusahaan Daerah dan Swasta.
- b) Peraturan Perundang-undangan di Bidang Investasi (Penanaman Modal)

Seperti halnya terhadap investasi yang konvensional, Bangun Guna Serah (BOT) sebagai alternatif kerjasama investasi sangat berkaitan dengan kegiatan penanaman modal. Dimana seringkali sebagian dari modal untuk pembangunan proyek yang bersangkutan berasal dari modal (*equity*) pelaksana proyek (investor), berarti sebagian dana investasi untuk pembiayaan pembangunan proyek bersangkutan ditempatkan sebagai bentuk penyertaan modal (*equity*) secara tidak langsung) oleh karena itu seluruh aturan-aturan yang berkenaan dengan penanaman modal harus pula diperhatikan antara lain :

- Undang-undang No. 1 Tahun 1967 yang telah diperbaharui dengan Undang-undang No. 11 Tahun 1970 tentang Penanaman Modal Asing (PMA).

- Undang-undang No. 1 Tahun 1995 tentang Perseroan Terbatas (PT)
- Undang-undang No. 6 Tahun 1968 tentang Penanaman Modal Dalam Negeri.
- Peraturan Pemerintah No. 20 Tahun 1994 tentang Pemilikan Saham Dalam Perusahaan yang Didirikan Dalam Rangka Penanaman Modal Asing,
- Surat Keputusan Menteri Penggerak Dana Investasi / Ketua Badan Penggerak Koordinasi Penanaman Modal No. 15 / SK / 1994 tentang Ketentuan Pelaksanaan Pemilikan Saham Dalam Perusahaan yang Didirikan Dalam Rangka Penanaman Modal.

c) Peraturan Perundang-undangan di Bidang Pertanahan

Dalam Perjanjian Bangun Guna Serah (BOT), yang menjadi obyek perjanjian adalah tanah dan bangunan. Berdasarkan hasil penelitian ditemukan beberapa istilah perjanjian yang dipergunakan seperti : kontrak bangunan, sewa mengewa tanah, pemakaian tanah maupun perjanjian kerjasama pengelolaan lahan. Untuk itu dalam kegiatan perjanjian dengan sistem Bangun Guna Serah (BOT) harus memperhatikan ketentuan-ketentuan dibidang pertanahan yaitu antara lain :

- Undang-undang No. 5 Tahun 1960 tentang Undang-undang Pokok Agraria. Menurut Pasal 44 Undang-undang Pokok Agraria menyebutkan :

(1) Seseorang atau suatu badan hukum mempunyai hak sewa atas tanah, apabila ia berhak mempergunakan tanah milik orang lain untuk keperluan bangunan dengan membayar kepada pemiliknya sejumlah uang sebagai sewa

(2) Pembayaran uang sewa dapat dilakukan :

- Satu kali atau pada tiap-tiap waktu tertentu;
- Sebelum atau sesudah tanahnya dipergunakan.

(3) Perjanjian sewa tanah yang dimaksud dalam pasal ini tidak boleh disertai syarat-syarat yang mengandung unsur-unsur pemerasan.

Dalam Pasal 45 Undang-undang Pokok Agraria disebutkan bahwa yang dapat menjadi pemegang hak sewa ialah :

- a. Warga Negara Indonesia
- b. Orang asing yang berkedudukan di Indonesia.
- c. Badan hukum yang didirikan menurut hukum Indonesia dan berkedudukan di Indonesia.
- d. Badan hukum asing yang mempunyai perwakilan di Indonesia.

- Peraturan Pemerintah No. 40 Tahun 196 tentang Hak Guna Bangunan (HGB), Hak Guna Usaha (HGU), dan Hak Pakai (HP).
- Keputusan Presiden RI No. 55 Tahun 1995 tentang Pengadaan Tanah Bagi Pelaksanaan Pembangunan untuk Kepentingan Umum.

d) Peraturan Perundang di Bidang Perpajakan

Pada saat melakukan pembangunan maupun dalam pengoperasian bangunan, yang diselenggarakan dengan sistem Bangun Guna Serah (BOT), menurut ketentuan perpajakan yang ada di Indonesia merupakan obyek kena pajak sebagai pemasukan negara akibat dari hubungan hukum tersebut. Adapun pengenaan pajak tersebut dilaksanakan pada saat pembangunan, pengoperasian maupun pengalihan, berdasarkan atas ketentuan-ketentuan di bidang perpajakan yaitu :

- Undang-undang No. 12 Tahun 1994 tentang Pajak Bumi dan Bangunan;
- Undang-undang No. 16 Tahun 2000 tentang Perubahan Kedua atas Undang-undang No. 6 Tahun 1983 tentang Tata Cara Perpajakan;

- Undang-undang No. 17 Tahun 2000 tentang Perubahan Ketiga atas Undang-undang No. 7 Tahun 1983 tentang Pajak Penghasilan;
- Undang-undang No. 20 Tahun 2000 tentang Perubahan atas Undang-undang No. 21 Tahun 1997 tentang Bea Perolehan Hak atas Tanah dan Bangunan.

Dalam pasal 1 menyebutkan bahwa yang dimaksud dengan perolehan hak atas tanah dan atau bangunan adalah perbuatan atau peristiwa hukum yang mengakibatkan diperolehnya hak atas tanah dan atau bangunan oleh orang pribadi atau badan hukum. Selanjutnya pasal 2 menjelaskan bahwa yang menjadi obyek pajak adalah perolehan hak atas tanah dan atau bangunan seperti, hak milik, hak guna usaha, hak guna bangunan, hak pakai, hak milik atas satuan rumah susun dan atau hak pengelolaan.

- Keputusan Menteri Keuangan RI No. 248/KMK.04/1995 tentang Perlakuan Pajak Penghasilan Terhadap Pihak-pihak yang melakukan kerjasama dalam bentuk perjanjian Bangun Guna Serah (*Build Operate and Transfer*).

Menurut Pasal 2, bahwa biaya mendirikan bangunan diatas tanah yang dikeluarkan oleh investor merupakan nilai

perolehan investor untuk mendapatkan hak menggunakan atau hak mengusahakan bangunan tersebut, dan jumlah biaya yang dikeluarkan tersebut oleh investor diamortasi dalam jumlah yang sama besar setiap tahun selama masa perjanjian Bangun Guna Serah (BOT).

Dalam pasal 3 disebutkan, bahwa bangunan yang diserahkan oleh investor kepada pemegang hak atas tanah setelah masa perjanjian Bangun Guna Serah berakhir adalah merupakan penghasilan bagi pemegang hak atas tanah.

2. Pemanfaatan Perjanjian Bangun Guna Serah (Bot) Sebagai Alternatif Investasi Di Bali

a. Pembahasan Terhadap Konstruksi Hukum Perjanjian Bangun Guna Serah (BOT).

Berdasarkan hasil penelitian diketahui bahwa konstruksi hukum perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) terdiri dari :

1) Adanya para pihak yang terlibat sebagai subyek perjanjian, yaitu :

(a) Pihak pertama dapat terdiri dari :

- Pemilik lahan (swasta)
- Pemilik hak eksklusif (pemerintah)

(b) Pihak kedua adalah

Pihak investor atau penyandang dana yang menanamkan modal atau dananya untuk membangun proyek.

2) Adanya obyek perjanjian yang berupa tanah (lahan strategis) untuk menunjang kegiatan kepariwisataan atau beserta bangunannya yang dikuasai oleh perorangan, kelompok maupun pemerintah.

3) Adanya ketentuan dan syarat-syarat perjanjian yang mengatur tentang :

- Pelaksanaan umum meliputi : ruang lingkup pekerjaan, biaya pembangunan, hak dan kewajiban para pihak, asuransi dan resiko dan lain-lain.
- Pengoperasian dan/atau bagi hasil meliputi : jangka waktu pengoperasian, pembagian pendapatan, penyerahan hak / pengembalian asset.
- Ketentuan lain meliputi : jaminan investor, jaminan pemilik lahan / pemilik hak eksklusif / pemerintah, *force majeure*, pemutusan perjanjian, domisili, penyelesaian perselisihan, perjanjian tambahan dan lain-lain.

Adapun unsur-unsur perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) dapat ditentukan sebagai berikut :

- 1) Adanya para pihak yaitu pihak investor yang menyediakan dana dan pihak pemilik lahan (beserta bangunan) atau pemerintah sebagai pemilik hak eksklusif;
- 2) Adanya obyek yang diperjanjikan dalam perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) yaitu lahan atau beserta bangunannya, atau hak untuk mengoperasikan (konsesi);
- 3) Investor dalam jangka waktu tertentu diberi hak kelola atas tanah dan bangunan yang dibangun dengan perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) dengan harapan modal yang telah ditanamkan (investasikan) untuk membangun bangunan tersebut kembali atau bahkan menguntungkan;
- 4) Setelah berakhirnya jangka waktu kelola, investor mengembalikan tanah dan bangunan beserta fasilitas-fasilitas yang melekat pada bangunan tersebut kepada pemilik lahan atau pemerintah sebagai pemilik hak eksklusif.

Untuk mengkaji sampai sejauhmana unsur-unsur yang terdapat didalam konstruksi perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) sebagaimana tersebut diatas, telah memenuhi ketentuan yang berlaku. Selanjutnya dengan mengacu pada pendapat Abdul Kadir Muhammad yang menyatakan bahwa pihak-pihak yang terlihat sebagai subyek perjanjian sedikit-dikitnya adalah dua orang atau dua

pihak, disamping itu subyek perjanjian itu dapat berupa manusia pribadi dan badan hukum.⁹⁷⁾

Dengan demikian adanya dua pihak yang terlibat didalam perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) telah sesuai dengan ketentuan untuk terjadinya kesepakatan sepanjang para pihak yang terlibat dalam perjanjian memenuhi syarat-syarat subyektif perjanjian (untuk dapat menjadi subyek perjanjian).

Menurut KUH Perdata untuk dapat menjadi subyek perjanjian yang sah adalah harus ada kesepakatan diantara pihak-pihak, yang secara sukarena atau ikhlas memberi dan menerima isi dari perjanjian tanpa adanya paksaan, penipuan maupun kekhilafan. Syarat subyek lainnya adalah kecakapan / cakap melakukan perbuatan hukum artinya para pihak yang membuat perjanjian haruslah orang-orang yang oleh hukum (pasal 1320 sub. 2 KUH perdata) dinyatakan sebagai subyek hukum yaitu orang yang sudah dewasa dan tidak berada dibawah pengampunan.

Setelah mengkaji beberapa perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) di Bali dapat dikemukakan bahwa konstruksi perjanjian yang berkenaan dengan subyek perjanjian tidak bertentangan dengan

⁹⁷⁾ Abdul Kadir Muhamadl; Op.cit, hal. 60

syarat-syarat subyektif sebagaimana ditentukan dalam KUH perdata. Dimana para pihak perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) seperti : pihak pertama dapat terdiri dari perorangan / kelompok / badan hukum maupun pemerintah melalui departemen / BUMD sepakat mengikatkan diri dengan Investor (swasta) guna mengadakan perjanjian kerjasama investasi.

Selanjutnya untuk mengkaji mengenai unsur-yang kedua dari konstruksi perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) adalah yang menyangkut obyek perjanjian. Dari hasil penelitian diketahui obyek perjanjian adalah tanah dan bangunan atau hak mengoperasikan. Menurut R. Setiawan, obyek dari perjanjian itu harus memenuhi syarat-syarat sebagai berikut :

- 1) Harus tertentu atau dapat ditentukan.

Hal ini sebagaimana dinyatakan dalam pasal 1320 sub 3 KUH perdata bahwa, untuk sahnya perjanjian, obyeknya harus tertentu atau dapat ditentukan, dapat ditafsirkan.

- 2) Obyek Perjanjian itu harus diperkenankan, menurut pasal 1335 dan 1337 KUH perdata bahwa suatu perjanjian tidak akan menimbulkan perikatan, jika obyeknya bertentangan dengan ketertiban umum atau kesusilaan atau jika dilarang oleh Undang-undang.

3) Dan sebagai syarat yang ketiga adalah prestasi yang menjadi obyek perjanjian harus mungkin untuk dilaksanakan.⁹⁸⁾

Apabila ketentuan mengenai syarat obyektif ini dilihat dalam konstruksi perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) di Bali, telah memenuhi ketiga persyaratan obyek perjanjian tersebut diatas, karena obyek perjanjiannya dapat ditentukan yaitu tanah dan bangunan atau hak mengoperasikan dan prestasi dari perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) itupun sangat mungkin dilaksanakan.

Berkaitan dengan ketentuan dan syarat-syarat perjanjian yang terdapat didalam konstruksi perjanjian Bangun Guna Serah (BOT). Menurut Abdulkadir Muhammad, syarat-syarat perjanjian itu sebenarnya merupakan isi dari perjanjian, karena dari ketentuan dan syarat-syarat itulah dapat diketahui hak dan kewajiban para pihak.

Dengan mengacu pada asas kebebasan berkontrak sebagaimana tercermin didalam pasal 1338 KUH perdata, pencantuman syarat-syarat tertentu dalam konstruksi perjanjian Bangun Guna Serah (BOT), maka para pihak diberi kebebasan untuk mengatur dan menentukan mengenai isi perjanjian. Namun demikian tentunya kebebasan itu bukan berarti tanpa batas.

⁹⁸⁾ R. Setiawan, Op.cit, hal. 4.

KUH perdata sudah dengan jelas menentukan pembatas sehubungan dengan pemanfaatan asas kebebasan berkontrak ini, antara lain sebagaimana yang disebutkan dalam pasal 1320 mengenai syarat-syarat untuk sahnya perjanjian, pasal 1321 yang menyatakan, perjanjian yang dilakukan karena kekhilafan, paksaan atau penipuan adalah tidak sah, pasal 1335 yang menyatakan perjanjian tanpa sebab, sebab yang palsu atau terlarang adalah tidak mempunyai kekuatan hukum. Dan pasal 1337 yang menyatakan, suatu sebab adalah terlarang apabila dilarang oleh Undang-undang, atau berlawanan dengan kesusilaan atau ketertiban umum serta pasal 1338 ayat 3 yang menyebutkan bahwa perjanjian harus dilaksanakan dengan itikad baik. Selanjutnya, pasal 1340 bahwa perjanjian itu tidak boleh membawa rugi kepada pihak ketiga.

Jadi adanya pencantuman syarat-syarat perjanjian dalam konstruksi perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) dapat dilaksanakan sepanjang syarat-syarat yang ditentukan itu memenuhi ketentuan-ketentuan dalam KUH perdata tersebut diatas.

Sebagaimana telah diketahui dari hasil penelitian yang menunjukkan bahwa tidak selalu perjanjian yang dibuat menggunakan istilah Bangun Guna Serah (BOT) walaupun unsur-

unsur Perjanjian Bangun Guna Serah telah dipenuhi. Adapun istilah yang mereka gunakan adalah :

a. Perjanjian Kontrak Bangunan

Perjanjian Kontrak Bangunan terdapat dalam perjanjian antar pihak pertama (dalam hal ini pemilik lahan strategis) dengan pihak yang telah ada, kemudian setelah bangunan selesai divenovasi diperuntukkan sebagai “*Bungalow*” (rumah sewa untuk orang asing).

b. Perjanjian Sewa Menyewa

Perjanjian sewa menyewa yang memenuhi unsur-unsur perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) dapat ditemukan di dalam pembangunan *Cottage*, *art shop* ataupun usaha-usaha lain di Bali. Dalam perjanjian sewa menyewa ini, pihak pertama adalah perorangan maupun sekelompok orang atau badan usaha, yang menyewakan tanahnya baik tanah pribadi maupun tanah milik adat.

c. Perjanjian Sewa Menyewa Tanah

Sama halnya dalam Perjanjian Sewa Menyewa, maka Perjanjian Sewa Menyewa tanah yang memenuhi unsur-unsur Perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) dapat ditemukan dalam pembangunan *cottage*, *art shop*, Ruko (rumah Toko) ataupun

usaha-usaha lainnya di Bali. Dalam perjanjian sewa menyewa tanah ini pihak pertama ada yang merupakan perorangan atau kelompok yang menyewakan tanahnya untuk di bangun baik berupa tanah pribadi ataupun tanah milik adat dan lain-lain.

d. Perjanjian Pemakaian Tanah

Dalam hal perjanjian pemakaian Tanah, maka Perjanjian pemakaian Tanah yang memenuhi unsur-unsur Perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) juga ditemukan di dalam pembangunan *cottage*, *art shop*, ruko ataupun usaha-usaha lain di Bali. Dalam perjanjian pemakaian tanah ini, pihak pertama ada yang merupakan perorangan tetapi ada juga sekelompok orang yang menyediakan lahannya/tanahnya untuk di bangun, baik tanah pribadi ataupun tanah milik adat.

e. Perjanjian Kerja sama

Sedangkan di dalam perjanjian kerjasama yang memenuhi unsur Perjanjian Bangun Guna Serah bisa ditemukan dalam perjanjian pengembangan hotel, ruko/rukan, swalayan dan lain-lain di Bali yang memerlukan dana besar. Dalam perjanjian kerja sama Bangun Guna Serah ini pihak pertamanya adalah pemerintah daerah, PT. Telkom tbk.

Adanya kesesuaian antara perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) dengan perjanjian sewa menyewa : karena dalam kegiatan Bangun Guna Serah (BOT). Pemilik hak eksklusif atau pemilik lahan menyerahkan studi kelayakan, pengadaan barang dan peralatan, pembangunan serta pengoperasian hasil pembangunannya kepada investor, dan investor ini dalam jangka waktu tertentu diberi hak mengoperasikan, memelihara serta mengambil manfaat ekonomi dari bangunan bersangkutan dengan maksud untuk mengganti biaya yang telah dikeluarkan investor dalam membangun proyek tersebut, kemudian setelah jangka waktu tersebut selesai, bangunan beserta fasilitas yang melekat padanya diserahkan kepada pemilik lahan atau pemilik hak eksklusif.

Menurut pasal 1548 KUH perdata, menyebutkan bahwa sewa menyewa adalah suatu perjanjian dengan mana pihak yang satu mengikatkan dirinya untuk memberikan kepada pihak yang lainnya kenikmatan dari suatu barang, selama suatu waktu tertentu dan dengan pembayaran sesuatu harga yang oleh pihak tersebut belakangan itu disanggupi pembayarannya. Jadi barang yang diserahkan tidak untuk dimiliki tetapi hanya untuk dipakai, dinikmati kegunaannya. Dengan demikian menurut Subekti, penyerahan

tersebut hanya bersifat menyerahkan kekuasaan belaka atas barang yang disewa.

Apabila dibandingkan antara perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) dan perjanjian sewa menyewa, berdasarkan pengertian atau unsur-unsur yang dimiliki maka akan terlihat kemiripan (kesesuaiannya) yaitu sebagai berikut :

- 1) Perjanjian sewa menyewa merupakan suatu perjanjian antara pihak yang menyewakan (pada umumnya pemilik barang) dengan pihak penyewa. Sedang dalam perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) perjanjian antara pihak pemilik lahan/pemilik hak eksklusif dengan pihak investor.
- 2) Pihak yang menyewakan menyerahkan sesuatu barang kepada si penyewa untuk sepenuhnya dinikmati, demikian juga dalam perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) disini pihak pemilik lahan menyerahkan lahannya untuk dibangun dan dioperasikan artinya untuk dinikmati pemantaatan ekonominya.
- 3) Dalam perjanjian sewa menyewa, penikmatan berlangsung untuk suatu jangka waktu tertentu dengan pembayaran sejumlah harga sewa yang tertentu demikian halnya dalam perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) penikmatan berlangsung dalam jangka waktu tertentu (masa konsesi) dan imbalan pembayaran

diterima secara bertahap selama masa konsesi ditambah bangunan beserta fasilitas yang melekat pada tanah dan bangunan bersangkutan (apabila perjanjian sudah berakhir).

- 4) Pada akhir masa sewa menyewa maka penyewa berkewajiban mengembalikan barang yang disewanya, hal ini tampak pula pada perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) dimana diakhir masa konsesi investor wajib menyerahkan tanah dan bangunan kepada pemilik tanah atau pemilik hak eksklusif.

Dengan demikian secara sederhana dapatlah dikatakan bahwa perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) adalah perjanjian sewa menyewa dimana yang menyewakan / pemilik lahan / pemegang hak eksklusif akan menerima imbalan pembayaran, dan bangunan (pada saat perjanjian berakhir).

Bila dipandang sebagai suatu perjanjian sewa menyewa, maka selama perjanjian antara para pihak, maka pihak investor berkewajiban untuk :

- a. Memelihara dan menjaga dengan baik bagaimana lazimnya apa yang disewa menurut ketentuan, peraturan dan kebiasaan yang berlaku, atas ongkos/biaya yang harus dipikul oleh pihak investor;

- b. Memperbaiki kerusakan-kerusakan yang terjadi atas apa yang disewa menurut ketentuan, peraturan dan kebiasaan yang berlaku atas ongkos/biaya yang harus dipikul oleh pihak investor;
- c. Menaati semua ketentuan peraturan yang berlaku baik yang sekarang telah ada maupun yang akan ada kemudian;
- d. Untuk tanah yang disewa tersebut sekiranya kemudian dikenakan pajak bumi dan bangunan (PBB), maka PBB tersebut ditanggung dan harus dibayar oleh investor.
- e. Tidak menjadikan tanggungan/jaminan untuk pelunasan sesuatu hutang dalam bentuk dan menurut cara apapun yang dibuat oleh pihak investor dengan pihak siapa pun juga.

Lebih lanjut investor berhak untuk :

- a. Investor berhak mengelola dan mengambil hasil/keuntungan yang diperoleh dari hasil operasional proyek yang bersangkutan.
- b. Atas biaya dan resiko sendiri mendirikan bangunan-bangunan di atas tanah yang disewanya tersebut menurut rencana yang dikehendaki dalam perjanjian atas biaya dan resiko investor sendiri;
- c. Mengadakan perubahan-perubahan yang diperlukan atas bangunan – bangunan tersebut bila diperlukan.

Dengan demikian kewenangan para pihak dalam perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) berarti apa yang menjadi kewajiban pemerintah / swasta selama proyek itu dikerjakan oleh investor dan hak yang akan diperoleh setelah proyek tersebut selesai dibangun, demikian pula apa yang menjadi kewajiban investor selama ia mengerjakan proyek dan hal-hal apa yang akan diterima dari pemegang hak eksklusif / swasta selaku pemilik lahan setelah proyek itu selesai dikerjakan.

Berdasarkan hasil kajian terhadap konstruksi perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) sebagai kerjasama investasi maka berikut ini akan diuraikan mengenai isi perjanjian tersebut adalah :

- 1) Lingkup Pekerjaan Dalam Perjanjian Kerja sama Investasi Dengan sistem Bangun Guna Serah (BOT)

Pada prinsipnya mengenai lingkup pekerjaan pembangunan proyek yang dilaksanakan dengan sistem Bangun Guna Serah (BOT) terbagi menjadi 2 (dua) kepentingan yaitu dilihat menurut kepentingan investor dan kepentingan pemilik lahan atau pemilik hak eksklusif (pemerintah).

Jika dilihat dari segi kepentingan investor, maka lingkup pekerjaan pembangunan proyek yang dilaksanakan dengan sistem Bangun Guna Serah (BOT), mengenai bentuk, ukuran, konstruksi,

jenis bahan bangunan dan lain-lain fasilitas yang menyertai proyek itu ditentukan sendiri oleh investor. Hal ini terlihat pada pembangunan hotel, *cottage*, rumah sewa untuk orang-orang, *art shop*, ruko di Bali.

Tetapi jika dilihat dari segi kepentingan pemilik lahan atau pemerintah (Pemilik hak eksklusif) seperti dalam pembangunan jaringan telpon (Pembangunan Infrastruktural) maka proyek-proyek dengan sistem Bangun Guna Serah (BOT) yang menentukan lingkup pekerjaan meliputi : bentuk, ukuran, konstruksi, jenis bahan bangunan dan lain-lain fasilitas yang menyertai pada proyek yang bersangkutan adalah pemerintah sebagai pemilik proyek. Sedangkan investor sebagai konsultannya saja dan yang penting investor membiayai pembangunan.

2) Pelaksanaan Pembangunan Dalam Perjanjian Kerja Sama Investasi Dengan Sistem Bangun Guna Serah (BOT)

a. Perizinan

Segala perizinan yang diperlukan dari instansi yang berwenang misalnya izin untuk mendirikan bangunan (IMB), memiliki dan mempergunakan bangunan-bangunan tersebut akan diurus oleh dan atas biaya pihak kedua sendiri, yaitu investor. Sedangkan

pihak pertama, yaitu pemilik lahan ataupun pihak pemerintah mendukung atau pembangunan proyek bersangkutan

b. Asuransi

Demikian pula untuk masalah asuransinya, maka yang mengurus dan membiayai preminya di tanggung oleh investo. Pada proyek swasta, maka asuransi dilakukan oleh investor setelah bangunan atau proyek selesai di bangun ataupun selama bangunan dioperasikan. Sedangkan pada proyek pemerintah, umumnya asuransi dilakukan sejak mulai dibangunnya proyek bersangkutan, misalnya asuransi tenaga kerja pada waktu membangun dan asuransi kerugian lainnya setelah bangunan selesai di bangun dan selama dioperasikan oleh investor.

Pengoperasionalan Bangunan dalam perjanjian kerja sama
Investasi Dengan Sistem Bangun Guna Serah (BOT)

a. Peruntukan Bangunan

Sesuai dengan peruntukannya, maka bangunan yang di bangun dengan sistem Bangun Guna Serah (BOT) harus digunakan sesuai dengan perjanjian peruntukkan semula, misalnya Hotel digunakan untuk menginap wisatawan dan hukum sebagai *art shop* dan sebagainya.

b. Pemasaran

Mengenai pemasaran laku tidaknya atas pengoperasionalan bangunan yang dibiayai dengan sistem Bangun Guna Serah (BOT), sepenuhnya dilakukan oleh investor sedangkan pemilik lahan ataupun pemerintah sebagai pemilik bangunan itu nantinya, tidak melakukan upaya pemasaran.

c. Tarif

Tarif sewa ruko, hotel maupun *cottage* di mana bangunan tersebut di bangun dengan sistem Bangun Guna Serah (BOT), biasanya ditentukan sendiri oleh investor. Pemilik lahan dalam hal ini tidak dapat ikut campur dalam penentuan besar kecilnya tarif sewa bangunan-bangunan tersebut. Pemerintah juga tidak memiliki peraturan yang mengatur besar-kecilnya tarif menginap di hotel dan sebagainya.

3) Jangka Waktu Perjanjian Kerja sama Investasi dengan sistem Bangun Guna Serah (BOT)

Perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) biasanya diterima dan dilaksanakan untuk 20 (dua puluh) hingga 30 (dua puluh lima) tahun terhitung mulai sejak penanda tangan akta perjanjiannya.

Apabila setelah masa Perjanjian berakhir pihak pertama bermaksud untuk mempergunakan sendiri dan berkehendak untuk

menyewakan lagi, maka pihak kedua (investor) diberi hak utama (mendahului) untuk menyewakan kembali tanah dengan segala sesuatu yang telah menjadi haknya tersebut dengan syarat dan ketentuan baru yang akan dirundingkan dan disepakati kemudian.

4) Pengembalian Asset Objek Perjanjian Kerjasama Investasi Dengan Sistem Bangun Guna Serah (BOT).

Pada saat perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) berakhir/masa perjanjian selesai, maka bangunan dan bagian-bagiannya serta turutan dan perlengkapannya termasuk segala perubahan dan tambahan pada bangunan tersebut menjadi hak dan dimiliki pemilik lahan atau pemilik hak eksklusif tanpa perlu membayar ganti rugi berupa apapun siapa pun juga.

Pada hari berikutnya sejak perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) berakhir, pihak investor harus menyerahkan kembali tanah dan turutannya kepada pihak pemilik lahan/pemilik hak eksklusif dengan segala sesuatu yang telah menjadi haknya dalam keadaan kosong, tanpa penghuni dan barang-barang serta tetap dalam keadaan terpelihara baik.

Apabila pada akhir perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) pihak investor belum dapat menyerahkan kembali tanah dan turutannya/dengan segala sesuatu yang terdapat diatasnya, yang

disepakati telah menjadi hak pihak pemilik lahan/pemilik hak eksklusif, maka dengan lampaunya waktu saja sudah merupakan bukti yang cukup tentang adanya kelalaian pihak investor, sehingga tanpa perlu peringatan tertulis terlebih dahulu, baik dengan cara apapun, pihak investor telah dianggap lalai, karenanya wajib membayar denda/ ganti rugi sebesar yang akan disesuaikan pada waktu itu, yang dapat ditagih seketika dan sekaligus lunas, kecuali para pihak telah mengadakan kesepakatan untuk melangsungkan perjanjian baru, sebagai perubahan atau perpanjangan perjanjian yang sudah berakhir.

5) *Ovetmacht* Dalam Perjanjian Kerja sama Investasi Dengan Sistem Bangun Guna Serah (BOT)

Masing-masing pihak dibebaskan dari kewajiban atau pelaksanaan kewajiban berdasarkan Perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) ini disebabkan oleh keadaan atau kejadian atau lain-lain hal yang berada di luar kewajaran para pihak, seperti misalnya secara mendadak dan tidak terduga terjadi kebakaran, bencana alam, perang, huru hara, atau adanya peraturan pemerintah yang secara langsung berkaitan atau mempengaruhi pelaksanaan perjanjian Bangun Guna Serah (BOT), atau adanya kebijakan pemerintah karena kepentingan umum tanah tersebut terkena proyek pemerintah atau

sebab-sebab lain yang tidak dapat dihindari oleh pihak pemilik lahan/pemilik hak eksklusif, tanah dan turutannya tersebut tidak bisa dikuasai dan dimiliki lagi olehnya sehingga pelaksanaan perjanjian tidak mungkin diteruskan, maka hal ini diluar kesalahan dan tanggung jawab dari pemilik lahan . dengan demikian pula segala kerugian yang timbul menjadi resiko dan ditanggung oleh masing-masing pihak, dan sama-sama tidak menuntut yang satu terhadap yang lain.

Apabila pelaksanaan dari perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) akan dilanjutkan, maka diperlukan adanya negosiasi, jadwal pelaksanaan pekerjaan, kerugian yang timbul dan kelangsungan pelaksanaan pekerjaan sesuai dengan ketentuan baru yang ada. Kontrak konsesi dalam perjanjian kerjasama investasi dengan sistem Bangun Guna Serah (BOT).

Masalah penyiapan *draft* dokumen yang tepat dan baik sangat terkait dengan alternatif yang diambil dalam pelaksanaan suatu pembangunan proyek. Pembangunan proyek-proyek dengan sistem Bangun Guna Serah (BOT) di Bali, biasanya menggunakan model dokumen yang sederhana dalam bentuk "Perjanjian kerjasama". Hal ini dijumpai antara lain dalam perjanjian kerjasama tentang pembangunan hotel, *cottage*, ruko dan sebagainya.

Perbedaan utama perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) dengan perjanjian-perjanjian lainnya adalah pada masalah konsesi, yaitu konsesi antara pemilik lahan atau pemilik hak eksklusif dengan investor. Kontrak ini dapat diwujudkan dalam satu kontrak (*master agreement*), atau dibuat dalam beberapa *agreement* yang berkaitan dengan berbagai aspek dari konsesi yang diberikan kepada investor. Kemungkinan juga kontrak tersebut didukung dengan peraturan yang dikeluarkan pemerintah setempat.⁹⁹⁾

Kontrak konsesi ini pada prinsipnya memberikan hak pada investor / pelaksana proyek untuk membangun dan mengoperasikan proyek serta mengambil keuntungan dalam jangka waktu tertentu, yang berisikan hal-hal antara lain :

- a. Pernyataan yang jelas mengenai hak konsesi yang eksklusif;
- b. Lingkup proyek, jangka waktu pengoperasian, serta kemungkinan perpanjangan;
- c. Komitmen dukungan pemerintah;
- d. Aspek keuangan, pajak keuntungan, pertukaran mata uang asing serta *repatriasi*;

⁹⁹⁾ Budi Santoso (II), Merancang Proyek Pembangunan Dengan Sistem BOT (Build Operate Transfer), Naskah Pelatihan Legal Drafting dan Aspek Hukum Investasi Bagi Staf Pemerintah Kota Magelang, Juli 2002.

- e. Persoalan nasionalisasi (jika ada);
- f. Pengalihan pada *operator* lain;
- g. Hak atas *property*;
- h. Hukum dan penyelesaian masalah. (*dispute settlement*)

Berdasarkan hasil penelitian yang dilakukan terhadap perjanjian-perjanjian kerjasama investasi di Bali untuk melihat dan mengkaji bentuk-bentuk perjanjian tersebut maka dapat dikatakan bahwa bentuk kontrak / perjanjian yang digunakan oleh para pihak adalah kontrak tertulis baik dibuat sebagai akta otentik seperti : perjanjian kerja sama antara Pemda Bali dengan PT. Pengembangan Pariwisata Bali (*Bali Tourism Development*), perjanjian sewa menyewa antara Pengemong Pura Kahyangan Kayu Aya Kecamatan Kuta dengan Ny. Djanti Rudijana M. maupun akta dibawah tangan seperti : perjanjian kerjasama pemanfaatan Lahan/Tanah Telkom di Jl. Teuku Umar Denpasar Jaya Perkasa, Perjanjian Kerjasama Pengusahaan Tanah Pemda Bali di Sanur antara Gubernur Bali dengan PT. Sanur Dinamika Mentari.

KUH Perdata memberikan kebebasan kepada para pihak apakah membuat kontrak secara tertulis atau secara lisan. Baik tertulis maupun lisan sama-sama mengikat, asalkan memenuhi syarat-syarat yang diatur Pasal 1320 KUH Perdata :

Perjanjian (kontrak) mempunyai kekuatan hukum yang sama dengan perundang-undangan. Artinya, perjanjian yang dibuat oleh para pihak tertentu dapat dijadikan dasar hukum bagi yang membuatnya. Dengan kata lain, perjanjian yang dibuat tersebut mengikat para pihak secara hukum. Hal demikian dijamin oleh pasal 1338 KUH Perdata, yang menyatakan bahwa “perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi yang membuatnya”. Oleh karena itu, apabila terjadi suatu sengketa karena salah satu pihak melanggar isi perjanjian dan apabila terbukti memang demikian kejadiannya, hakim dapat menghukum pihak yang salah berdasarkan perjanjian tersebut.

Dalam dunia bisnis, kontrak tertulis itu penting sebagai pegangan, pedoman dan alat-alat bukti bagi para pihak itu sendiri. Dengan adanya kontrak yang baik akan mencegah terjadinya perselisihan karena semuanya sudah diatur dengan jelas sebelumnya. dan walaupun terjadi perselisihan akan membantu upaya penyelesaiannya. Disamping itu, kontrak yang baik akan memberikan jaminan dan kepastian yang besar kepada pihak-pihak sehingga membantu pelaksanaan transaksi bisnis.

Dengan demikian, kontrak tidak harus dibuat tertulis namun di dalam bisnis kontrak lisan kurang diminati karena bila terjadi sengketa sulit dijadikan sebagai alat bukti.

Menurut Hasanuddin Rahman, menyatakan bahwa kontrak adalah perjanjian yang sengaja dibuat secara tertulis sebagai alat bukti bagi para pihak. Untuk itu kontrak dibuat dengan pembubuhan tanda tangan sebagai tanda persetujuan dan kesepakatan atas apa yang terurai dalam kontrak dimaksud. Dan sebagaimana diketahui, bahwa perjanjian yang dibuat secara tertulis dengan pembubuhan tanda tangan tersebut adalah suatu akta.¹⁰⁰⁾

Suatu akta ialah suatu tulisan yang sengaja memang dibuat untuk dijadikan bukti tentang suatu peristiwa dan di tanda tangani. Dengan demikian, maka unsur-unsur yang penting untuk suatu akta ialah kesengajaan untuk menciptakan suatu bukti tertulis dan penandatanganan tulisan itu. Syarat penandatanganan itu dapat dilihat dari pasal 1874 KUH Perdata. Dari uraian diatas dapat dikemukakan bahwa untuk dapat dikatakan sebagai akta, maka surat tersebut harus:

- Ditanda tangani

¹⁰⁰⁾ Hasanuddin Rahman, Legal Drafting, Citra Aditya Balti, Bandung, 2000, hal.15

- Memuat peristiwa yang menjadi dasar sesuatu hak atas perikatan ; dan
- Diperuntukkan untuk alat bukti.

Lebih lanjut akta itu sendiri ada 2 (dua) jenis yaitu :

1. Akta otentik ; dan
2. Akta dibawah tangan

Akta otentik dalam hubungannya dengan kontrak adalah kontrak yang dibuat oleh notaris, sedangkan akta dibawah tangan yang dibuat oleh notaris, sedangkan akta dibawah tangan adalah kontrak yang dibuat tanpa campur tangan notaris.

Terhadap akta di bawah tangan ini tidak mempunyai kekuatan pembuktian lahiriah (*Uit Wendige Bewijs Kract*). Sebab yang mendasar ialah bahwa tanda tangan dari akta dibawah tangan itu kemungkinan masih dapat dipungkiri. Pasal 1876 KUH Perdata pada prinsipnya menyatakan bahwa “barang siapa yang terhadapnya dimjukan suatu tulisan di bawah tangan diwajibkan membenarkan/mengakui atau memungkiri tanda tangannya”. Kemudian pasal 1877 KUH Perdata disebutkan :

Bahwa kalau tanda tangan tersebut dipungkiri, maka hakim harus memerintahkan supaya kebenaran dari tulisan atau tanda tangan tersebut diperiksa di muka pengadilan terhadap pihak ketiga

suatu akta di bawah tangan mempunyai kekuatan pembuktian yang bebas.

Apabila tanda tangan dari akta dibawah tangan sudah diakui atau dianggap telah diakui, itu membuktikan bahwa yang bertanda tangan mengakui isi dari akta tersebut. Kekuatan dari akta dibawah tangan ini menjadi sama kekuatannya dengan pembuktian formil dari akta otentik. Sebagaimana yang disebutkan dalam Pasal 1875 KUH Perdata bahwa "kalau akta di bawah tangan itu sudah diakui kebenarannya oleh yang menandatangani, maka akta tersebut merupakan bukti yang sempurna seperti akta otentik, terhadap yang menandatangani, para ahli waris dan mereka yang mendapat hak dari padanya.

Jadi, isi kekuatan pembuktian materiil dari akta dibawah tangan menjadi sama dengan kekuatan pembuktian materiil dari akta otentik , sehingga isi keterangan dari akta dibawah tangan itu dianggap berlaku sebagai benar terhadap yang membuatnya, dan itu untuk keuntungan dari orang untuk siapa pernyataan dibuat. Dan

kepadanya memberikan pembuktian sempurna. Terhadap pihak ketiga, berlakulah pembuktian yang bebas.¹⁰¹⁾

b. Pembahasan Terhadap Pemanfaatan Perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) oleh Pemerintah (Pemilik Hak Eksklusif)

(1) Pemanfaatan oleh Pemerintah Pusat (Departemen / BUMN)

Pembangunan nasional dewasa ini semakin meluas dan mendalam, hal ini tercermin dalam peningkatan investasi pembangunan nasional dari tahun ke tahun. Peningkatan investasi ini menimbulkan konsekuensi antara lain meningkatnya tuntutan ketersediaan jaringan sarana dan prasarana baik dari segi kualitas maupun kuantitasnya. Pemerintah sangat menyadari bahwa berbagai macam tuntutan pembangunan tersebut tidak dapat ditanggung seluruhnya mengingat adanya berbagai keterbatasan yang dihadapi.

Dalam hal ketersediaan sarana prasarana yang tidak mampu melayani tuntutan pembangunan yang antara lain tercermin dengan semakin meningkatnya jumlah penduduk perkotaan, berkembangnya kawasan pemukiman, industri ataupun pariwisata, maka dikhawatirkan akan terjadi penurunan tingkat pelayanan kepada

¹⁰¹⁾ Djoko Supadmo, Ketentuan-Ketentuan dan Komentar Mengenai Hukum Dalam Praktek Teknik Pembuatan Akta (Seri A-1, Bagian Kedua), Cet. Kedua, Surabaya, PT. Bina Ilmu, 1996, hal. 522.

masyarakat, yang apabila hal ini terus berlanjut akan dapat mempengaruhi inefisiensi perekonomian nasional.

Pada awalnya perjanjian dengan sistem Bangun Guna Serah (BOT) ini dimanfaatkan infrastruktur seperti bidang : telekomunikasi, transportasi, pengadaan air bersih, tenaga listrik dan sebagainya.

Kebutuhan investasi yang besar bagi pembangunan infrastruktur tersebut tidak bisa dipenuhi dari sektor *public* (APBN). Berdasarkan perkiraan bank dunia dari tahun 1995 sampai dengan 2004, Indonesia diperkirakan membutuhkan dana sebesar 168 sampai 204 milyar USD untuk investasi baru di bidang infrastruktur. Bappenas juga mengindikasikan perkiraan kebutuhan sebesar 70 sampai 105 juta USD dari dana investasi ini perlu dimobilisasi dari pihak swasta.¹⁰²⁾

Kebutuhan investasi untuk pembangunan infrastruktur di masa mendatang bertujuan :

- (a) Untuk mengatasi kondisi “*bottlenecks*” saat ini;
- (b) Untuk mempertahankan laju pertumbuhan ekonomi yang tinggi;
- (c) Untuk mengantisipasi urbanisasi yang sangat cepat;

¹⁰²⁾ Bambang Bintoro Soedjito, Keuntungan Swasta dan Kepentingan Masyarakat dalam Pembangunan Infrastruktur Melalui Kemitraan Pemerintah, Swasta, Makalah Seminar, Jakarta, Juni 1997.

- (d) Untuk mendukung meningkatnya perdagangan dan globalisasi.¹⁰³⁾

Mengembangkan jasa pelayanan infrastruktur melalui kerjasama pemerintah dan swasta dibutuhkan karena :

- (a) Permintaan lebih cepat dibandingkan dengan kemampuan pemerintah dalam menyediakan jasa pelayanan infrastruktur;
- (b) Kebutuhan investasi yang sangat besar tidak dapat dipenuhi oleh pemerintah saja;
- (c) Kerjasama pihak swasta memberikan tambahan sumber perpendanaan prasarana dan kemampuan manajerial yang baik;
- (d) Dalam rangka persaingan global, kemitraan pemerintah dan swasta dapat mempercepat penyediaan infrastruktur sekaligus meningkatkan efisiensi kualitas pelayanan;
- (e) Pembangunan infrastruktur harus diperlakukan sebagai kegiatan bisnis dan kerjasama dengan swasta dapat membawa disiplin komersial;
- (f) Menciptakan paradigma baru dalam penyediaan jasa pelayanan infrastruktur dari monopoli publik ke suatu kompetitif;
- (g) Melindungi kepentingan umum (*societal interests*)¹⁰⁴⁾

¹⁰³⁾ Ibid.

¹⁰⁴⁾ Ibid.

Pola pembiayaan proyek infrastruktur terbagi atas pembiayaan dengan pinjaman (*debt financing*) dan pembiayaan dengan modal (*equity financing*), yang dapat bersumber dari dalam dan luar negeri atau dengan kombinasi keduanya. Karakteristik masing-masing sektor akan menentukan perbandingan ideal antara pinjaman dengan modal. Sementara kondisi negara dimana proyek dilaksanakan juga menentukan perbandingan yang paling sesuai dalam mencari sumber pembiayaan, antara sumber dana domestik dengan sumber dana luar negeri.¹⁰⁵⁾

Berbagai pola telah dilakukan dalam rangka mengatasi masalah pembiayaan, diantaranya adalah melalui sistem Sistem Guna Serah (BOT). Cara pembiayaan seperti ini tidak membutuhkan pembayaran kembali dimasa yang akan datang, sehingga tidak memberatkan neraca pembayaran. Pembiayaan proyek yang menggunakan sistem Bangun Guna Serah (BOT) ini misalnya telah menjadi teknik pembiayaan efektif dalam menggali sumber-sumber swasta dalam pembangunan infrastruktur dengan tanpa banyak merubah kerangka peraturan yang ada.

¹⁰⁵⁾ Loc. Cit.

Konsep Bangun Guna Serah (BOT) mensyaratkan sektor swasta untuk berperan sebagai penyandang dana, membuat design, membangun, mengoperasikan dan mengelola suatu fasilitas/proyek (biasanya milik pemerintah) serta kemudian menyerahkan proyek tersebut kepada pemerintah/sektor pemerintah dengan tanpa beban biaya apapun setelah masa konsesi yang disepakati berakhir. Selama masa konsesi swasta (investor) tersebut dikerenakan untuk memungut penerimaan secara langsung dari pemakai (konsumen) atau secara tidak langsung melalui lembaga perantara (biasanya institusi pemerintah).¹⁰⁶⁾ 260

Praktek kerjasama ivestasi pemerintah dan swasta dengan sistem Bangun Guna Serah (BOT) telah dilaksanakan secara luas di Indonesia sebagai bagian dari program privatisasi (atau restrukturisasi) BUMN. Kerangka aturan yang melandasi adalah Undang-undang No. 19 Tahun 2003, tentang BUMN, Inpres No. 5 Tahun 1988 dan Keputusan Menteri Keuangan No. 740/KMK.00/1989 tentang Program Pemerintah untuk meningkatkan produktivitas dan efisiensi BUMN. Sebagai contoh: BUMN banyak melakukan kerjasama dalam kaitannya dengan

¹⁰⁶⁾ Ibid.

pemanfaatan aset yang mengganggu seperti tanah untuk pertokoan, ruko atau hotel dengan tujuan untuk memberikan nilai tambah.

Dengan peran swasta yang lebih besar dalam turut serta membangun infrastruktur telah mendorong terjadinya *international capital flows* (aliran dana asing), yang secara langsung akan memberikan dampak kepada kondisi makro dan mikro ekonomi negara. Dalam konteks mikro ekonomi, meningkatnya *capital inflows*, dalam rangka lebih memacu *the real economic return* bagi lembaga-lembaga bisnis khususnya adalah penting. Dengan alasan ini maka investasi langsung (*direct investment*) dan investasi portofolio (*portofolio investment*) sangat diharapkan.¹⁰⁷⁾

Dalam hal ini pihak swasta berkewajiban untuk menyediakan dana untuk pembangunan dan pengelolaan pertokoan, perkantoran atau hotel untuk jangka waktu tertentu (biasanya 30 tahun) serta membayar prosentase tertentu (antara 3-5%) dari keuntungan usaha kepada BUMN yang bersangkutan.

Seringkali perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) dimanfaatkan sebagai bentuk pengaturan pembiayaan pembangunan proyek konstruksi sebagai suatu pembiayaan proyek sangatlah

¹⁰⁷⁾ Loc. Cit.

terkait dengan pelaksanaan proyek itu sendiri. Dimana pihak penyandang dana sangat berkepentingan dengan *feasibility* dari proyek tersebut yang merupakan andalah utama bahkan satu-satunya sebagai sumber pengembalian hutang dan sekaligus jaminan hutang dari pihak pelaksana proyek (*borrower*). Karena itu tidak seperti terhadap pinjaman (*loan*) yang konvensional dalam pembiayaan proyek pihak penyandang dana (*lender*) sangat jauh ingin mengetahui dan campur tangan ke dalam negosiasi proyek yang bersangkutan.¹⁰⁸⁾

Dari segi pelaksanaan pembangunan proyek maka yang menjadi acuan hukum adalah ketentuan KUH Perdata mengenai perjanjian pada umumnya dan ketentuan mengenai pemborongan pekerjaan yang diatur dalam pasal 1604 sampai dengan 1617 KUH Perdata. Pasal-pasal tersebut memang sangat *simple* tetapi mesti diterapkan karena hal itu masih merupakan hukum positif di Indonesia. Walaupun diakui pula bahwa ketentuan-ketentuan tersebut sudah sangat tidak memadai dibandingkan dengan perkembangan pemborongan pekerjaan saat ini, yang ternyata sudah

¹⁰⁸⁾ Munir Fuady, (I), *Pembiayaan Perusahaan Masa Kini (Tinjauan Hukum Bisnis)*, Citra Aditya Bakti, Bandung 1997, hal. 16.

sangat berkembang, melalui bentuk perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) dan bentuk-bentuk lainnya.

Dengan demikian proyek yang sesuai untuk diberikan dengan sistem Bangun Guna Serah (BOT) adalah proyek-proyek yang menghasilkan *revenue* yang cepat. Karena semakin cepat penerimaan *revenue*, semakin cepat pula masa operasi oleh kontraktor dalam sistem Bangun Guna Serah (BOT) tersebut, sebelum diserahkan kepada pemilik.

(2) Pemantaatan oleh Pemerintah Daerah (Perusahaan Daerah/BUMD)

Di Bali pemanfaatan perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) sebagai alternatif kerjasama investasi banyak pula dilakukan oleh pemerintah daerah / perusahaan daerah untuk memanfaatkan lahan-lahan yang dikuasai oleh Pemda dalam rangka menunjang kegiatan kepariwisataan daerah Bali.

Modal / *asset* dalam rangka pembangunan daerah sebagaimana yang diamanatkan oleh GBHN, pemerintah daerah (Pemda) menguasai tanah-tanah dengan hak eksklusif seperti : hak pakai maupun hak pengelolaan. Akan tetapi karena terbatasnya anggaran yang dimiliki oleh Pemda itu tidak dapat seluruhnya direlokasikan untuk proyek-proyek pembangunan. Dari kondisi itu banyak tanah Pemda yang masih belum terealisasi pemanfaatannya

secara efektif dan efisien. Sehingga banyak tanah Pemda yang terlantar.

Penelantaran tanah-tanah Pemda sebagai akibat terbatasnya anggaran pemerintah itu terus terjadi karena sekalipun investor (pihak swasta) banyak memerlukan tanah sebagai obyek investasinya, tidak dapat membeli tanah Pemda. Sedangkan disisi lain akibat penelantaran tanah yang merupakan aset Pemda telah banyak terjadi pemanfaatannya oleh penggarap-penggarap liar di atas tanah Pemda. Karena itu Pemda berupaya mencari jalan keluar atas kondisi ini dengan cara mengundang investor untuk bekerjasama untuk memanfaatkan tanah-tanah Pemda, sehingga akibat-akibat yang mungkin terjadi karena terlantarnya tanah Pemda serta pembangunan daerah dapat dilangsung atas keuntungan pemanfaatan tanah tersebut dapat diatasi, dan dapat menunjang kegiatan pariwisata Bali.

Pembangunan industri pariwisata pada hakekatnya membangun perangkat-perangkat penunjang pariwisata, baik perangkat lunak maupun perangkat keras dalam bidang jasa kepariwisataan untuk meningkatkan kualitas produk wisata. Disamping itu pembangunan kepariwisataan tidak bisa direncanakan dan dilaksanakan secara menyendiri tanpa memperhatikan

keterkaitannya dengan sektor-sektor lainnya dalam suatu perencanaan pembangunan wilayah (regional). Hal ini terjadi karena pembangunan suatu sektor akan berkompeti dengan sektor lainnya dalam memanfaatkan sumber daya yang tersedia.¹⁰⁹⁾

Keterkaitan antara setiap kegiatan pembangunan kepariwisataan dan sumber daya yang ada sangat penting untuk diperhatikan dalam setiap perencanaan pembangunan secara menyeluruh baik yang dilaksanakan oleh pemerintah maupun oleh swasta. Untuk itu *Bali Sustainable Development Project* (BSDP), mengusulkan konsep pembangunan berkelanjutan yang disesuaikan dengan kondisi obyektif Bali yaitu merencanakan keseimbangan ekonomi, lingkungan dan kebudayaan. Konsep ini mengharuskan setiap perencanaan dan pelaksanaan pembangunan di Bali untuk tetap memperhatikan, kesinambungan ketersediaan sumber daya alam dan kegiatan produksi, kesinambungan dan keseimbangan budaya, peningkatan taraf hidup masyarakat.¹¹⁰⁾

Guna mewujudkan pembangunan kepariwisataan Bali yang berkesinambungan maka dibutuhkan investasi yang cukup besar. Salah satu alternatif investasi yang telah berkembang di Bali adalah

¹⁰⁹⁾ Badan Perencanaan Pembangunan Daerah Bali, Op.cit

¹¹⁰⁾ Agung Suryawan W, Op. Cit, Hal. 105

melalui kerjasama investasi dengan sistem Bangun Guna Serah (BOT). Hal ini terjadi karena kebutuhan akan tempat yang strategis dari sudut pandang ekonomi sebagai sarana untuk menjalankan usaha beserta prasarananya dapat menunjang kelancaran pembangunan kepariwisataan dan merupakan keperluan yang harus dipenuhi.

Kerjasama antara Pemda dan swasta dapat dilaksanakan langsung melalui Pemda ataupun oleh Perusahaan Daerah (PD) atau BUMD, dalam rangka pemanfaatan tanah Pemda. Apabila kerjasama itu dilaksanakan oleh Pemda langsung, maka diperlakukan peraturan Menteri Dalam Negeri No. 3 Tahun 1986, sedangkan apabila dilaksanakan oleh perusahaan daerah maka yang berlaku adalah Peraturan Menteri Dalam Negeri No. 4 Tahun 1990.

Dalam rangka pembuatan kerjasama antara Pemda dan Swasta (investor) tersebut, perjanjian dasar merupakan sumber utama kelangsungan kerjasama tersebut. Oleh karena itu perlu memperhatikan prinsip perjanjian di Indonesia seperti : prinsip kata sepakat (asas konsensualisme), prinsip kebebasan berkontrak (*freedom of contract*), prinsip bahwa setiap perjanjian yang dibuat secara sah mengikat sebagai undang-undang bagi pihak yang mengadakan perjanjian tersebut dan prinsip-prinsip yang lainnya.

Menurut Peraturan Menteri Dalam Negeri No. 4 Tahun 1990 bentuk-bentuk kerjasama yang dapat dilaksanakan antara perusahaan daerah (PD, BUMD) dan Swasta adalah :

- Kerjasama manajemen, kerjasama operasional, kerjasama pembagian keuntungan, kerjasama patungan, (*joint venture*), kerjasama pembiayaan, kerjasama hasil produksi.
- Kontrak manajemen, kontrak produksi, kontrak bagi hasil usaha dan kontrak bagi tempa usaha;
- Pembelian saham, obligasi dan perseroan terbatas (PT) yang telah berbadan hukum dan mempunyai prospek yang baik;
- Keagenan pemakaian dan penyaluran;
- Penjualan saham, obligasi dan memasyarakatkan saham, obligasi (*go public*);
- Gabungan dari 2 (dua) atau lebih bentuk-bentuk kerjasama tersebut diatas.

Sedangkan bentuk-bentuk kerjasama yang dilakukan antara Pemda dan Swasta (investor) menurut Peraturan Menteri Dalam Negeri No. 3 Tahun 1986 sebagai bentuk-bentuk penyertaan modal daerah pada pihak swasta dapat dilakukan dengan cara :

- Membeli saham dari Perseroan Terbatas (PT) yang telah berbadan hukum dan mempunyai prospek yang baik;

- Sebagai pendiri dalam pembentukan Perseroan Terbatas (PT);
- Mengadakan kontrak manajemen, kontrak produksi, kontrak bagi keuntungan, kontrak bagi hasil usaha, kontrak bagi tempat usaha.

Dalam perkembangan lebih lanjut kerjasama antara Pemda dan Swasta tersebut di atas menggunakan pola Bangun Guna Serah (BOT), khususnya perkembangan dari kontrak bagi tempat usaha.

Di dalam bentuk kerjasama Bangun Guna Serah (BOT), Pemda sebagai pemegang aset berupa tanah-tanah dengan hak pengelolaan atau hak pakai memberi kewenangan kepada pihak swasta untuk mengadakan pembangunan fasilitas dan prasarana umum seperti hotel, gedung perkantoran, pusat perbelanjaan, ataupun fasilitas umum lainnya dengan cara Bangun Guna Serah (BOT). Pihak swasta yang membangun hotel, gedung perkantoran, pusat perbelanjaan berdasarkan perjanjian kerjasama yang telah disepakati dan sesuai dengan ketentuan-ketentuan yang berlaku. Dengan demikian pihak swasta (investor) memiliki kewenangan dan kewajiban sesuai dengan prinsip perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) itu sendiri yaitu : membangun, mengoperasikan dan mengalihkannya kembali kepada Pemda setelah jangka waktu yang telah disepakati berakhir. Namun demikian kalau digali konsep

hukum adat, maka perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) ini dapat dianalogik dengan hal sewa atas tanah non pertanian.¹¹¹⁾

Kewajiban yang harus dipenuhi oleh pihak swasta (investor) antara lain :

- Membayar pajak Bumi dan Bangunan serta pungutan-pungutan lain yang berkaitan dengan pembangunan dan pengelolaan,
- Selama masa konsesi pihak swasta bertanggung jawab atas pengelolaan, pengaturan dan penerimaan atas gedung tersebut beserta fasilitasnya;
- Mengasuransikan gedung yang sedang dibangun maupun yang telah selesai dibangun;
- Setelah berakhir jangka waktu yang diperjanjikan pihak swasta wajib menyerahkan tanah dan bangunan kepada pihak Pemda dalam keadaan baik, utuh dan bebas dari segala tuntutan hukum.

Dari uraian di atas dapat diketahui bahwa suatu kerjasama antara Pemda dengan swasta di dalam kerjasama investasi dengan cara Bangun Guna Serah (BOT) dapat dilakukan tanpa ada pengalihan hak atas tanah, sebab Pemda dapat tetap menguasai

¹¹¹⁾ Aric Sukanti Hutagalung, Beberapa Alternatif Kerjasama Investasi Pembangunan dan Pengelolaan Pusat Perdagangan di Atas Tanah Pemerintah Daerah, Majalah Hukum Trisakti, No. 19/Th. XX/ Juli 1995, hal. 24.

tanahnya. Pihak swasta dalam jangka waktu yang diperjanjikan mendapatkan kesempatan untuk memperoleh kembali dana yang diinvestasikan dalam bangunan fasilitas umum seperti hotel, *cottage*, pusat perbelanjaan, kawasan pariwisata dan sebagainya selama konsesi dan masa *enjoyment*. Jadi menyangkut masalah tanah dalam kerjasama investasi dengan sistem Bangun Guna Serah (BOT) tidak mengubah status tanah, tidak mengalihkan hak atas tanah, hanya yang terjadi pengelolaannya.

c. Pembahasan Terhadap Pemanfaatan Perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) oleh Pemilik Lahan (Swasta)

Pemanfaatan kerjasama investasi dengan sistem Bangun Guna Serah (BOT) antara investor dan pihak swasta (pemilik lahan) strategis ini tidak jauh berbeda pelaksanaannya sebagaimana yang dilakukan antara Pemda Bali dengan pihak swasta (investor). Perbedaan prinsip hanyalah pada kepemilikan atas lahan yang menjadi obyek perjanjian disamping itu perbedaan yang tampak adalah perbedaan dalam hal menggunakan istilah perjanjian.

Adapun istilah yang mereka gunakan adalah :

- Kontrak bangunan
- Sewa menyewa

- Sewa menyewa tanah
- Pemakaian tanah dan sebagainya

Menurut Felix O. Soebagyo, kerjasama investasi untuk pembangunan proyek yang berskala besar dengan cara Bangun Guna Serah (BOT), akan mencakup mulai dari kegiatan studi kelayakan, pengadaan barang dan peralatan, pembiayaan dalam jangka waktu tertentu investor diberi hak untuk mengoperasikan serta memeliharanya untuk mengambil manfaat ekonomi sebagai ganti atas biaya yang telah dikeluarkan.¹¹²⁾

Dalam rangka pengembangan pariwisata di Bali dibutuhkan sarana tempat-tempat menjalankan usaha sebagai sarana penunjang kegiatan kepariwisataan seperti misalnya untuk perkantoran, hotel, *cottage*, ruko, rumah kontrakan (termasuk yang diperuntukkan bagi orang asing dan pusat pertokoan banyak diperlukan untuk dibangun. Disamping itu biaya untuk membangun sarana yang berupa gedung, perkantoran, hotel, *cottage*, *art shop* maupun rumah kontrakan untuk orang asing memerlukan biaya yang tidak sedikit jumlahnya sedangkan pemilik lahan memiliki dana yang sangat terbatas, oleh karena itu seseorang ataupun anggota masyarakat yang memiliki atau menguasai

¹¹²⁾ Felix O. Soebagyo, Op.cit

lahan strategis untuk berusaha mempunyai kecenderungan untuk menjalin kerjasama dengan investor (pengusaha swasta) untuk membiayai pembangunan sarana dan prasarana penunjang pariwisata Bali dengan sistem Bangun Guna Serah (BOT).

Telah diuraikan sebelumnya, dimana perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) ini adalah perjanjian bebas dan baru, karena lahirnya perjanjian model ini didasarkan atas kebebasan berkontrak (*freedom of contract*). Jadi sampai saat ini belum ada pengaturan khusus mengenai perjanjian Bangun Guna Serah (BOT), kecuali mengenai ketentuan-ketentuan perjanjian pada umumnya, perjanjian sewa menyewa maupun ketentuan mengenai penguasaan tanah dan bangunan serta pengelolaannya, sebagaimana diatur dengan bentuk kontrak bagi tempat usaha yang sebenarnya hanya merupakan sebagian dari sistem Bangun Guna Serah (BOT).

Dalam praktek pemanfaat perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) oleh pemilik lahan di Bali, diketahui dari beberapa sumber data, tidak ada satupun perjanjian yang dibuat oleh pemilik lahan dengan investor menggunakan istilah Perjanjian Bangun Guna Serah (BOT). Namun demikian perjanjian yang dilakukan tersebut telah sesuai dengan unsur-unsur yang terdapat dalam perjanjian Bangun Guna Serah (BOT).

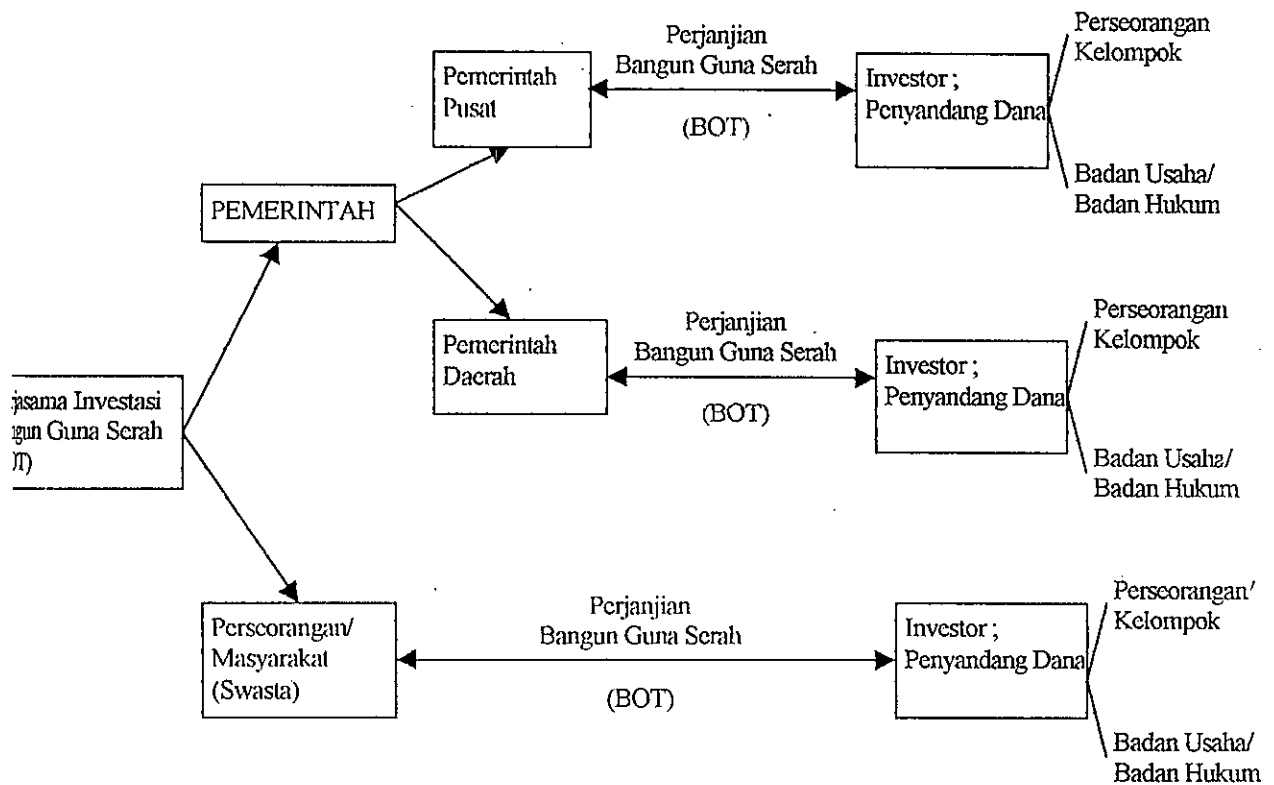
Berdasarkan hasil kajian dari perjanjian dengan istilah-istilah tersebut di atas terlihat dimana unsur-unsur perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) telah dipenuhi, yaitu :

- (1) Adanya para pihak, yaitu investor yang menyediakan dana, dari pemilik lahan (beserta bangunan);
- (2) Adanya obyek yang diperjanjikan dalam perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) yaitu lahan beserta bangunannya, atau hak untuk mengoprasionalkan bangunan yang dibangun;
- (3) Investor dalam jangka waktu tertentu diberi hak kelola atas bangunan yang ia bangun dengan perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) tersebut dengan harapan modal yang telah ia invstasikan (ditanamkan untuk membantu bangunan tersebut) kembali dan bahkan menguntungkan;
- (4) Setelah lewatnya jangka waktu kelola, investor mengembalikan bangunan beserta fasilitas-fasilitas yang melekat pada bangunan tersebut kepada pemilik lahan, tanpa ada kewajiban untuk ganti rugi.

Pemanfaatan perjanjian kerjasama investasi dengan Sistem Bangun Guna Serah (BOT), adalah sah keberadaannya karena berlandaskan pada asas kerjasama yang saling menguntungkan karena dalam aplikasi asas tersebut pemilik lahan yang semula hanya memiliki

lahan (atau beserta bangunannya) saja, setelah adanya kerjasama investasi dengan sistem Bangun Guna Serah (BOT) pada suatu saat akan memiliki bangunan (bangunan yang lebih baik dari bangunan semula) dengan nilai ekonomis yang lebih, demikian pula investor dengan dilakukannya perjanjian ini akan memetik suatu keuntungan yang diharapkan. Dan telah memenuhi ketentuan-ketentuan mengenai sahnyanya perjanjian menurut Pasal 1320 KUH Perdata. Disamping itu demi kepastian hukum bahwa dengan perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) ini dituangkan dalam kontrak tertulis maka tampak kepastian bahwa suatu saat investor akan mengembalikan bangunan beserta fasilitas yang melekat pada asset bersangkutan kepada pemilik lahan.

Skema : Pemanfaatan Kerjasama Investasi
Dengan Sistem Bangun Guna Serah (BOT)



d. Dasar Pertimbangan Pemanfaatan Perjanjian Bangun Guna Serah
sebagai Alternatif Investasi di Bali

(1) Pertimbangan Dari Segi Ekonomis

a) Keuntungan Bagi Pemerintah/Departemen

- Pemerintah dapat mengurangi penggunaan dana APBN / APBD dan mengurangi jumlah pinjaman.
- Dapat menguntungkan secara finansial dan administrasi.

- Meningkatkan efisiensi dan produktivitas BUMN / BUMD / Perusahaan Daerah.
- Pemerintah akan memiliki bangunan dan fasilitas pada akhir masa pengelolaan oleh investor.
- Tidak menimbulkan beban utang bagi pemerintah.
- Membuka lapangan kerja baru.
- Mempercepat proses alih teknologi terutama jika investor dari luar negeri.

b) Keuntungan Bagi Investor

- Mendapat kesempatan untuk memasuki bidang-bidang usaha yang semula hanya dikuasai atau dikelola oleh pemerintah atau BUMN;
- Memperluas usaha dan ekspansi ke bidang-bidang usaha yang mempunyai prospek baik dan menguntungkan;
- Menciptakan bidang dan iklim usaha yang baru;
- Dapat memanfaatkan lahan-lahan strategis untuk meningkatkan usaha.

c) Keuntungan Bagi Pemilik Lahan

- Pemilik lahan dengan tidak mengeluarkan biaya pada saat berakhirnya perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) akan memiliki bangunan beserta fasilitas yang ada.

- Pemilik lahan akan terentaskan dari kemiskinan karena akan mendapat bangunan sebagai tempat usaha, biasanya juga mendapat uang yang dapat dimanfaatkan untuk usaha sebagai upaya meningkatkan taraf hidupnya.

(2) Pertimbangan Dari Segi Non-Ekonomi

Kerjasama investasi melalui Bangun Guna Serah (BOT), disamping dimanfaatkan untuk kepentingan pembangunan bidang ekonomi, juga dapat dimanfaatkan untuk kebutuhan pembangunan non-ekonomi yang pada prinsipnya meliputi :

a) Pemanfaatan lahan-lahan terlantar

Penelantaran tanah sebagai akibat terbatasnya anggaran pembiayaan sering terjadi, baik tanah-tanah sebagai aset/modal pemerintah daerah (Pemda) yang menguasai tanah dengan hak pakai, hak pengelolaan atau sebagai pemegang hak eksklusif maupun tanah-tanah hak milik yang dikuasai oleh swasta.

Akibat penelantaran tanah ini telah banyak terjadi pemanfaatan oleh penggarap-penggarap liar yang pada akhirnya akan menimbulkan sengketa-sengketa tanah baik antara sesama penggarap, antara penggarap dengan pemilik swasta maupun pemerintah.

Dari kondisi tersebut kiranya, menetralsir pemanfaatan lahan secara efektif dan efisien dapat dilakukan dengan cara mengundang investor untuk kerjasama dalam memanfaatkan lahan-lahan melalui perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) karena kerjasama pembangunan dengan cara Bangun Guna Serah (BOT) dapat dilakukan tanpa ada pengalihan hak atas tanah. Pihak investor dalam jangka waktu yang diperjanjikan mendapat kesempatan untuk memperoleh kembali dana yang diinvestasikan dan mendapatkan keuntungan selama masa konsesi dan masa *enjoyment*.

- b) Pemanfaatan lahan sebagai upaya mengurangi eksploitasi lahan yang berimplikasi pada struktur kependudukan dan pembangunan budaya daerah. Dimana pemanfaatan kerjasama investasi melalui perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) sebagaimana telah diuraikan di atas, tidak mengubah status tanah, tidak mengalihkan hak atas tanah dan yang terjadi hanya pengelolaan tanahnya saja. Sehingga pembangunan budaya pada masyarakat dapat dilakukan secara berkelanjutan.
- c) Pemanfaatan Administratif Pembangunan Tata Ruang Daerah/
Kota

Hal ini terlihat dari pengadaan studi kelayakan terhadap suatu proyek dalam perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) dilakukan oleh pihak investor sehingga pemerintah tidak harus mengadakan studi kelayakan lagi disamping biaya dan resiko ada pada pihak lain yaitu investor serta dari segi mutunya pun dapat diandalkan.

3. Pembahasan Terhadap Akibat Hukum Perjanjian Bangun Guna Serah Sebagai Alternatif Kerjasama Investasi

Akibat hukum suatu perjanjian pada dasarnya lahir dari adanya hubungan hukum suatu perikatan, yaitu dalam bentuk hak dan kewajiban. Pemenuhan hak dan kewajiban inilah yang merupakan salah satu bentuk dari pada akibat hukum suatu perjanjian. Kemudian, hak dan kewajiban ini tidak lain adalah hubungan timbal balik dari para pihak, maksudnya, kewajiban di pihak pertama merupakan hak bagi pihak kedua, begitu pun sebaliknya kewajiban di pihak kedua merupakan hak bagi pihak pertama. Jadi dengan demikian, akibat hukum disini tidak lain adalah pelaksanaan dari pada suatu perjanjian itu sendiri.¹¹³⁾

Berdasarkan hasil penelitian dan pengkajian terhadap mekanisme dan konstruksi perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) yang telah diuraikan

¹¹³⁾ Hasanuddin Rahman, Op. Cit, Hal. 9.

akan melakukan perencanaan proyek dengan melakukan studi kelayakan berkaitan dengan proyek.

c. Tahap Pengoperasian dan Pemeliharaan

Pada umumnya investor akan mengelola sendiri untuk mendapatkan hasil yang maksimal baik keuntungan finansial maupun keuntungan secara administratif karena ditunjang oleh pengalaman dan kemampuan investor dalam bidang yang bersangkutan. Sementara melaksanakan pengoperasian investor juga mengadakan pemeliharaan terhadap fasilitas tersebut, sehingga sewaktu-waktu pengalihan dilakukan fasilitas tersebut berada dalam keadaan baik dan tetap dapat dioperasionalkan.

d. Tahap Pengalihan

Dengan berakhirnya jangka waktu perjanjian Bangun Guna Serah (BOT), maka investor berkewajiban untuk menyerahkan bangunan beserta fasilitas yang melekat kepada pemilik lahan / pemilik hak eksklusif dalam kondisi telah beroperasi, terpelihara dan memiliki arus pendapatan.

Sehubungan dengan pelaksanaan perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) sebagai realisasi atau pemenuhan hak dan kewajiban pada pihak dalam perjanjian, maka dapat dikemukakan akibat hukum dari perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) adalah :

a. Akibat Hukum Terhadap Pemilik Lahan / Pemilik Hak Eksklusif (Pihak Pertama)

- Pemilik lahan / pemilik hak eksklusif selama berlangsungnya masa Bangun Guna Serah, tidak dapat menguasai lahan beserta bangunannya, kurang lebih 20 – 30 tahun, serta tidak dapat menjaminkan kepada pihak lain untuk mendapatkan pinjaman, karena lahan dan bangunannya dikuasai oleh investor.
- Pemilik lahan / pemilik hak eksklusif, selama masa Bangun Guna Serah (BOT) berlangsung, dengan alasan apapun tidak dapat mengakhiri perjanjian secara sepihak, apabila hal ini dilakukan maka dianggap tidak sah dan karenanya ia dapat dituntut ganti rugi oleh investor.
- Pemilik Lahan / pemilik hak eksklusif memberikan jaminan kepada investor bahwa, ia adalah satu-satunya pihak yang berhak atas tanah yang disewakan menurut akta perjanjian Bangun Guna Serah tersebut, dan jaminan bahwa obyek tanah dan turutannya tersebut bebas dari sitaan, tidak sedang dijaminkan guna pelunasan hutang, tidak dalam sengketa serta bebas dari tagihan berupa apapun dari yang berwajib.
- Dengan perjanjian Bangun Guna Serah tersebut, pemilik lahan / pemilik hak eksklusif berjanji dan mengikatkan diri untuk

memberikan hak guna bangunan atau hak-hak yang diperlukan investor sepanjang dimungkinkan berdasarkan aturan perundang-undangan yang berlaku diatas tanah dan turutannya tersebut.

- Jika karena sesuatu sebab hak / kepemilikan atas tanah obyek Bangun Guna Serah (BOT) tersebut beralih ke tangan pihak lain maka perjanjian tersebut tetap berlaku dan harus dihormati serta ditaati secara jujur.
- Perjanjian Bangun Guna Serah (BOT), tidak akan menjadi gugur ataupun hapus jika salah satu pihak / para pihak meninggal dunia, melainkan para ahli waris dari yang meninggal dengan pihak yang masih hidup, menggantikannya, diwajibkan menghormati dan / atau melanjutkan perjanjian Bangun Guna Serah ini dengan ketentuan dan syarat-syarat dalam perjanjian tersebut.

b. Akibat hukum terhadap investor

- Segala bentuk resiko yang ada / terjadi selama perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) diluar kesalahan pemilik lahan / pemilik hak eksklusif menjadi tanggung jawab investor;
- Investor bertanggung jawab pula terhadap seluruh pembiayaan yang diperlukan atau timbul dalam rangka pembangunan proyek Bangun Guna Serah; seperti pembayaran pajak.

- Menyediakan sarana dan prasarana untuk digunakan dalam pembangunan proyek sesuai dengan standar yang diminta oleh pemilik lahan / pemilik hak eksklusif yang diperolehnya dengan tidak melanggar hukum.
- Mengasuransikan seluruh asset yang sedang dibangun maupun yang telah dioperasikan dengan biaya sepenuhnya ditanggung oleh investor.
- Memungut hasil dari pengoperasian bangunan yang dibangunnya sebagai pengembalian atas modal / dana yang telah ditanamnya untuk membangun.
- Investor pada saat perjanjian Bangun Guna Serah berakhir meenyerahkan seluruh bangunan dan bagian-bagiannya serta turutan dan perlengkapannya kepada pemilik lahan / pemilik hak eksklusif, tanpa harus meminta ganti rugi kepada siapapun dan berupa apapun.

Hakikat dari suatu perjanjian atau kontrak, dalam hal ini perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) adalah tampak dari adanya, antara lain :

- a. Perumusan tentang adanya kesepakatan atau kesesuaian kehendak dari para pihak mengenai obyek yang diperjanjikan, dan hak serta kewajiban utama para pihak.

Melalui kontrak terciptalah perikatan atau hubungan hukum yang menimbulkan hak dan kewajiban pada masing-masing pihak yang membuat perjanjian. Dengan demikian akibat hukum suatu kontrak pada dasarnya lahir dari adanya hubungan hukum dari suatu kesepakatan dari perikatan, yaitu bentuk hak dan kewajiban.

Menurut KUH Perdata, suatu perjanjian yang dibuat secara sah adalah perjanjian yang mengikat para pihak, untuk melaksanakan isi dari perjanjian. Untuk itu terlebih dahulu harus ditetapkan secara tegas dan cermat apa saja isi perjanjian tersebut atau dengan kata lain, apa saja hak dan kewajiban masing-masing pihak. Dengan demikian akibat hukum dari adanya perikatan tersebut adalah sebagai berikut :

- 1) Para pihak dalam perjanjian menjadi terikat pada isi perjanjian dan juga kepatutan, kebiasaan dan undang-undang (pasal 1338, 1334 dan 1340 KUH perdata);
- 2) Perjanjian harus dilaksanakan dengan itikad baik (*good faith*) pasal 1338 ayat 3 KUH Perdata;
- 3) Kreditur dapat minta pembatalan perbuatan debitur yang merugikan kreditur (*Actio Paulina*) pasal 1341 KUH Perdata.

Berikut ini akan diuraikan akibat hukum dari perjanjian kerjasama investasi dengan sistem Bangun Guna Serah (BOT) berdasarkan KUH perdata yaitu apabila telah memenuhi syarat-syarat

pasal 1320 KUH Perdata mengenai syarat-syarat sahnya perjanjian, adalah sebagai berikut :

- a. Perjanjian kerjasama investasi tersebut berlaku sebagai undang-undang.

Perjanjian berlaku sebagai undang-undang bagi para pihak, artinya pihak-pihak harus mentaati perjanjian itu sama dengan mentaati undang-undang jika ada yang melanggar perjanjian kerjasama yang mereka buat, maka dianggap sama dengan melanggar undang-undang, yang mempunyai akibat hukum tertentu yaitu sanksi hukum. Sebagaimana yang telah ditetapkan dalam undang-undang maupun sanksi yang telah disepakati dalam perjanjian.

Para pihak dalam perjanjian menjadi terikat pada isi perjanjian, kepatutan, kebiasaan dan undang-undang. Menurut Pasal 1338 ayat 1 KUH Perdata yang menyatakan bahwa :

Semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya.

Hal ini berarti bahwa semua perjanjian yang dibuat secara sah mengikat pada pihak sebagaimana undang-undang perikatan ini hanya berlaku bagi para pihak dalam perjanjian saja (pasal 1340 KUH perdata). Dengan demikian perjanjian tidak dapat membawa

kerugian kepada pihak ketiga. Disamping itu perjanjian tidak dapat ditarik kecuali atas kesepakatan para pihak atau karena adanya alasan yang kuat (pasal 1338 ayat 2 KUH Perdata).

Asas kebebasan berkontrak menurut hukum perjanjian Indonesia meliputi ruang lingkup sebagai berikut :

- a. Kebebasan untuk membuat atau tidak membuat perjanjian.
- b. Kebebasan untuk memilih pihak dengan siapa ia ingin membuat perjanjian;
- c. Kebebasan untuk menentukan atau memilih causa dari perjanjian yang akan dibuatnya;
- d. Kebebasan untuk menentukan obyek perjanjian;
- e. Kebebasan untuk menentukan bentuk suatu perjanjian;
- f. Kebebasan untuk menerima atau menyimpangi ketentuan undang-undang yang bersifat opsional (*aanvullend optional*).¹¹⁴⁾

Perjanjian kerjasama investasi dengan sistem Bangun Guna Serah (BOT) tersebut mempunyai kekuatan mengikat dan memaksa. Menurut pasal 1339 KUH perdata, suatu perjanjian tidak hanya mengikat untuk hal-hal yang secara tegas dinyatakan dalam perjanjian, tetapi juga untuk segala sesuatu yang menurut sifat

¹¹⁴⁾ Hasanuddin Rahman, Op.ci, hal. 108

perjanjian diharuskan (diwajibkan) oleh keputusan, kebiasaan dan undang-undang. Dengan demikian setiap perjanjian dilengkapi dengan aturan-aturan yang terdapat dalam undang-undang, dalam adak kebiasaan yang berlaku di suatu tempat dan di suatu kalangan tertentu, sedangkan kewajiban-kewajiban yang diharuskan keputusan (norma-norma keputusan) harus juga diindahkan.¹¹⁵⁾

Tata urutan hal-hal yang mengikat para pihak dalam perjanjian yaitu ¹¹⁶⁾

- Isi perjanjian itu sendiri;
- Keputusan,
- Kebiasaan,
- Undang-undang.¹¹⁷⁾

Menurut pasal 1338 ayat 3 KUH Perdata, semua perjanjian itu harus dilaksanakan dengan itikad baik (*tegoeder trow, in good faith*). Norma yang dituliskan di atas ini merupakan salah satu sendi yang terpenting dalam hukum perjanjian, artinya bahwa semua perjanjian dalam pelaksanaannya harus berjalan dengan mengindahkan norma-norma keputusan dan kesusilaan jadi ukuran

¹¹⁵⁾ Hasanuddin Rahman, Op.cit, hal. 10

¹¹⁶⁾ Hardijan Rusli, Hukum Perjanjian Indonesia dan Common Law, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 1996, hal. 109.

¹¹⁷⁾ Hardijan Rusli, Hukum Perjanjian Indonesia dan Common Law, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 1996, hal. 109.

obyektif untuk menilai pelaksanaan perjanjian di atas harus berjalan di atas rel yang benar.¹¹⁸⁾

Jadi dapat disimpulkan perjanjian kerjasama investasi dengan sistem Bangun Guna Serah (BOT) adalah perjanjian yang sah sehingga akibat hukum perjanjian yang sah, menurut ketentuan pasal 1338 KUH perdata adalah berlaku sebagai undang-undang bagi para pihak yang membuatnya. Dalam perkara perdata, hukuman bagi yang melanggar perjanjian tersebut ditetapkan oleh hakim berdasarkan undang-undang atas permintaan pihak yang dirugikan dan karena itu pihak yang melanggar itu diharuskan membayar ganti kerugian (pasal 1243 KUH perdata); perjanjian dapat diputuskan (pasal 1266 KUH ayat 2) serta menanggung beban resiko (pasal 1237 ayat 2).

b. Perjanjian Kerjasama Investasi dengan Sistem Bangun Guna Serah (BOT) Tidak Dapat ditarik Kembali Secara Sepihak

Hukum perjanjian dalam pelaksanaannya telah mengalami perkembangan dimana perkembangan tersebut tampak dengan jelas

¹¹⁸⁾ Loc. Cit.

dengan adanya pemanfaatan perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) ini, sebagai alternatif kerjasama investasi bidang pariwisata di Bali.

Bali sebagai sentra industri pariwisata di Indonesia membutuhkan banyak tumbuh dan berkembang berbagai fasilitas langsung atau tidak langsung mendukung industri pariwisata di daerah ini seperti : adanya hotel, penginapan, *cottage*, *art shop*, tempat-tempat rekreasi dan hiburan dan fasilitas lainnya yang sengaja dibangun untuk keperluan pariwisata.

Kerjasama investasi dengan sistem Bangun Guna Serah (BOT) merupakan inovasi kerjasama dalam rangka pembangunan pariwisata, mampu memadukan berbagai kepentingan yang berbeda-beda menjadi kooperatif. Pada tahap pengembangan sistem ini dapat menguntungkan semua pihak dari kepentingan yang berbeda-beda tersebut, melalui proses negosiasi sebelum dituangkan ke dalam bentuk-bentuk formal berupa perjanjian (kontrak).

Perubahan obyektif yang membantu penyesuaian atau adaptasi dari sistem yang diterapkan sebelumnya menjadi sistem Bangun Guna Serah (BOT) ini, merupakan konsekuensi yang disadari oleh para pihak yang terlibat dalam sistem tersebut. Konsekuensi yang demikian sifatnya manifest karena tampak dan dirasakan oleh para pihak yang terlibat. Ada pula konsekuensi yang sifatnya laten dalam arti ada

perubahan tetapi perubahan tersebut masih samar-sama dan sporadis meskipun perubahan tersebut juga mengarah kepada perubahan sistem hubungan secara keseluruhan seperti bentuk kerjasama Pemda dan swasta yang pada awalnya merupakan kerjasama kontrak bagi tempat usaha dimana dalam hal ini Pemda memiliki tanah yang berstatus Hak Pengelolaan (HPL) dan memungkinkan untuk didirikan tempat usaha, sedang untuk membangunnya diserahkan kepada pihak swasta dengan persyaratan yang saling menguntungkan mengalami perubahan menjadi kerjasama investasi dengan sistem Bangun Guna Serah (BOT).

Perjanjian kerja investasi dengan sistem Bangun Guna Serah (BOT) yang telah dibuat secara sah tersebut dan telah mengikat dan memaksa para pihak dalam perjanjian tidak dapat ditarik kembali atau dibatalkan secara sepihak saja. Jika ingin menarik kembali atau membatalkan harus memperoleh persetujuan pihak lainnya dan diperjanjikan lagi. Namun demikian, apabila ada alasan-alasan yang cukup menurut undang-undang perjanjian dapat ditarik kembali atau dibatalkan.

Hal yang mengatur ketentuan tersebut diatas tampak dalam perjanjian yang dibuat, seperti : "selanjutnya pihak kesatu dengan alasan apapun juga tidak dapat mengakhiri perjanjian Bangun Guna

Serah (BOT) ini secara sepihak sehingga dianggap tidak sah dan karenanya pihak kedua berhak menuntut ganti rugi yang ditimbulkannya”.

c. Pelaksanaan Perjanjian Kerjasama Investasi Dengan Sistem Bangun Guna Serah (BOT) Dilakukan Berdasarkan Itikad Baik

Pelaksanaan perjanjian tersebut harus berjalan dengan mengindahkan norma-norma kepatutan dan kesusilaan. Jadi yang dimaksud dengan itikad baik disini adalah ukuran obyektif untuk menilai pelaksanaan perjanjian itu, artinya pelaksanaan perjanjian itu harus berjalan di atas rel yang benar yaitu : kepantasan, kelayakan, kesesuaian, kecocokan dengan apa yang telah diperjanjikan. Sedangkan kesusilaan artinya kesopanan dan keadaban.

Dengan demikian pelaksanaan perjanjian tersebut dapat digambarkan sebagai nilai yang patut, pantas, layak dan sesuai, sopan dan beradab sebagaimana sama-sama dikehendaki oleh masing-masing yang berjanji.

Disamping itu dalam pelaksanaan perjanjian dengan itikad baik itu perlu diperhatikan juga “kebiasaan”. Dengan demikian perjanjian kerjasama Bangun Guna Serah (BOT) dilengkapi dengan aturan-aturan undang – undang dan adat kebiasaan di suatu tempat dan kebiasaan di

kalangan pelaku bisnis sehingga kebiasaan itu ikut menentukan hak dan kewajiban pihak-pihak dalam perjanjian.

BAB IV

PENUTUP

A. Kesimpulan

Dari hasil penelitian yang dilakukan terhadap beberapa permasalahan yang diangkat dalam kaitannya dengan perjanjian kerjasama investasi dengan Sistem Bangun Guna Serah (BOT), dan setelah dilakukan pembahasan, maka dapat ditarik suatu kesimpulan sebagai berikut :

1. Mengenai dasar hukum Perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) sebagai alternatif kerjasama investasi di bidang pariwisata Bali dapat disimpulkan adalah :
 - a. Dasar hukum substantif meliputi :
 - 1) Dasar hukum substantif murni adalah ketentuan-ketentuan mengenai perjanjian pada umumnya dalam Kitab Undang-undang Hukum Perdata (KUH Perdata).
 - 2) Dasar hukum substantif prosedural adalah ketentuan-ketentuan mengenai sewa menyewa menurut Kitab Undang-undang Hukum Perdata (KUH Perdata).
 - b. Dasar hukum Administratif meliputi :
 - 1) Peraturan perundang-undangan yang menjadi dasar hukum, pengelolaan Badan Usaha Milik Negara (BUMN), Pengelolaan Badan Usaha Milik Daerah (BUMD)/Perusahaan Daerah (PD).

- 2) Peraturan perundang-undangan di bidang investasi (penanaman modal).
 - 3) Peraturan perundang-undangan di bidang pertanahan.
 - 4) Peraturan perundang-undangan di bidang perpajakan.
2. Mengenai pemanfaatan Perjanjian Bangun Guna Sewa (BOT) terhadap pengembangan pariwisata di Bali, dapat dikemukakan adalah :
- a. Mekanisme dan konstruksi hukum perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) adalah :
 - 1) Mekanisme hukum perjanjian Bangun Guna Serah adalah sebagai berikut : Tahap pembiayaan, tahap pembangunan, tahap pengoperasian dan pemeliharaan dan tahap pengalihan.
 - 2) Konstruksi Hukum Perjanjian Bangun Guna Serah adalah sebagai berikut :
 - Adanya para pihak yang terlibat sebagai subyek perjanjian yaitu : pihak pertama dapat terdiri dari pemilik hak eksklusif (pemerintah) dan pihak pemilik lahan (swasta).

Sedangkan pihak kedua adalah investor atau penyandang dana yang menanamkan modal atau dananya untuk membangun proyek yang bersangkutan.

 - Adanya obyek yang diperjanjikan yaitu berupa tanah.
 - Adanya ketentuan dan syarat-syarat perjanjian yang mengatur tentang : pelaksanaan secara umum, pengoperasian dan pemeliharaan bangunan dan ketentuan-ketentuan lainnya.

b. Klasifikasi pemanfaatan perjanjian Bangun Guna Serah sebagai alternatif kerjasama investasi ditinjau dari para pihak yang terlibat di dalamnya yaitu :

1) Pemanfaatan oleh Pemerintah (pemilik hak eksklusif) dan investor/penyandang dana.

a) Pemerintah Pusat (Departemen/BUMN)

b) Pemerintah Daerah (Perusahaan Daerah/BUMD)

2) Pemanfaatan oleh swasta (pemilik lahan) dan investor (penyandang dana) baik perorangan/kelompok maupun badan usaha.

c. Dasar pertimbangan pemanfaatan perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) sebagai alternatif kerjasama investasi adalah didasarkan atas pertimbangan segi ekonomis dan segi non-ekonomis dari pembangunan pada umumnya dan pembangunan pariwisata di Bali khususnya.

3. Mengenai akibat hukum dari Perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) dalam rangka kerjasama investasi di Bali dapat dikemukakan sebagai berikut :

a. Akibat hukum terhadap pemilik lahan/pemilik hak eksklusif (pihak pertama).

- Pemilik lahan/pemilik hak eksklusif, selama berlangsungnya masa Bangun Guna Serah, tidak dapat menguasai lahan beserta bangunannya.

- Selama masa Bangun Guna Serah berlangsung tidak dapat mengakhiri perjanjian secara sepihak.
- Memberikan jaminan kepada investor bahwa ia adalah satu-satunya pihak yang berhak atas tanah yang dijadikan obyek perjanjian.
- Jika karena sesuatu sebab hak/pemilikan atas tanah tersebut beralih ke tangan pihak lain maka perjanjian tetap berlaku dan harus dihormati serta ditaati secara jujur.
- Perjanjian Guna Serah (BOT) tidak menjadi gugur ataupun hapus jika salah satu pihak meninggal dunia.

b. Akibat hukum terhadap investor

- Menanggung segala resiko yang ada/terjadi selama perjanjian Bangun Guna Serah berlangsung.
- Menanggung seluruh pembiayaan yang timbul/diperlukan dalam rangka pembangunan proyek.
- Memelihara dan mengoperasikan bangunan selama masa bangun guna serah.
- Menyerahkan seluruh bangunan dan bagian-bagiannya serta turutan dan perlengkapannya kepada pihak pemilik lahan/pemilik hak eksklusif pada saat perjanjian berakhir tanpa harus meminta ganti rugi.

B. Saran-Saran

Berdasarkan kesimpulan atas hasil penelitian yang telah dilakukan, maka ada beberapa saran yang dapat dikemukakan antara lain:

1. Pemerintah hendaknya segera menciptakan perangkat hukum (undang-undang) yang baik dan pasti terutama pengaturan yang jelas mengenai status dan letak perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) karena pranata ini sudah berkembang di Indonesia, khususnya di Bali.
2. Agar keuntungan yang dibawa dalam sistem Bangun Guna Serah (BOT) dapat dirasakan seoptimal mungkin oleh para pihak umumnya, dan bagi pihak pemerintah khususnya maka langkah pertama yang sebaiknya harus dilaksanakan adalah suatu studi kelayakan yang benar-benar memadai baik menyangkut bidang hukum, amdal, bidang ekonomi dalam rangka pemanfaatan perjanjian Bangun Guna Serah (BOT).
3. Dalam memformulasikan suatu kontrak hendaknya konstruksi perjanjian Bangun Guna Serah (BOT) dapat benar-benar melindungi para pihak atau kontrak yang benar-benar terperinci yang memuat pula pembagian resiko yang mungkin timbul dalam pelaksanaan perjanjian antara pihak-pihak yang terlibat yaitu melalui pengaturan dalam perjanjian (kontrak).

DAFTAR PUSTAKA

Buku

- Abdul Kadir Muhammad, Hukum Perikatan, Alumni, Bandung, 1982
- Agung Suryawan Wiranatha, 1989, Pariwisata, Pembangunan Bali Yang Berkelanjutan, kumpulan Makalah seminar internasional "Pariwisata Berkelanjutan Menurut Perspektif Orang Bali", Pusat Penelitian Kebudayaan dan Kepariwisata UNUD, Denpasar 3 Agustus 1999
- Amirizal, Hukum Bisnis Risalah Teori Dan Praktek, Djambatan, Jakarta, 1999.
- Andjar Pachta Wirana, Laporan Akhir Penelitian Tentang Aspek Hukum Perjanjian Build Operate and Transfer (BOT), BPHN, 1994/1995.
- Arie Sukanti Hutagalung, Beberapa Alternatif Kerjasama Investasi Pembangunan Dan Pengelolaan Pusat Perdagangan Di Atas Tanah Pemerintah Daerah, Majalah Hukum Trisakti, No. 19 / Th. XX / Juli 1995.
- Badan Perencanaan Pembangunan Daerah Bali, Bali Membangun, Bali, 2000
- Badan Pembinaan Hukum Nasional, Departemen Kehakiman, Pertemuan Ilmiah : Perkembangan Hukum Kontrak Dalam Bisnis di Indonesia; BPHN, Jakarta, 1994
- Black's Law Dictionary, Edition, St. Paul, Minn, 1979.
- Budi Santoso (I), Memberdayakan sektor Swasta Dalam Pembiayaan Proyek Dengan Sistem BOT (Build Operate and Transfer), Majalah Ilmiah FH UNDIP, Edisi II / Juli-September 1998.
- Budi Santoso (II), Merancang Proyek Pembangunan Dengan Sistem BOT (Build Operate Transfer), Naskah Pelatihan Legal Drafting dan Aspek Hukum Investasi Bagi Staf Pemerintah Kota Magelang, Juli 2002.
- Budi Kusumohamidjojo, Dasar-dasar Merancang Kontrak, PT. Grasindo, Jakarta, 1998
- Eno Kamelus, Fungsi Hukum Terhadap Ekonomi Di Indonesia, Disertasi Program Pascasarjana UNAIR, Surabaya, 1998.
- _____, Kerjasama Pemerintah Dan Swasta dalam Rangka Pengelolaan Air Bersih di Kota Denpasar, Makalah Seminar Training of Legal Researchers, CCLE, Bali, 1999.
- Goko Supadmo, Ketentuan-Ketentuan dan Komentar Mengenai Hukum Dalam Praktek Teknik Pembuatan Akta (Seri A-1, Bagian Kedua), Cet. Kedua, Surabaya, PT. Bina Ilmu, 1996
- Man Rajaguguk (I), Hukum Investasi I, Tanpa penerbit, Jakarta, 1995.
- _____(II), Indonesianisasi Saham, Bina Aksara, Jakarta, 1985.
- IPS, Kamus Hukum Ekonomi, Edisi Pertama, Proyek ELIPS, Jakarta, 1997.

- Felix O. Soebagjo, Laporan Akhir Pengkajian Tentang Aspek Hukum Perjanjian Build Operate and Transfer (BOT), BPHN, 1993/1994.
- , Deregulasi Kepastian Hukum dan Usaha Memantapkan Iklim Investasi, Jurnal: Hukum dan Pembangunan No. 5/Th.XX, Oktober 1990.
- , Perkembangan Azas-Azas Hukum Kontrak Dalam Praktek Bisnis Selama 25 Tahun Terakhir, Makalah Pertemuan Ilmiah, BPHN, Jakarta, 1994.
- Haloman Pandjaitan, Naskah Akademis Peraturan Perundang-undangan Tentang Perubahan / Penyempurnaan Undang-Undang Penanaman Modal Asing, BPHN, 1995/1996.
- Hardijan Rusli, Hukum Perjanjian Indonesia dan Common Law, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 1996
- Hasanuddin Rahman, Legal Drafting, Citra Aditya Balti, Bandung, 2000
- Henry Panggabean, Penyalahgunaan Keadaan (Misbruik Van Omstantingheden) sebagai alasan untuk pembatalan Perjanjian (Berbagai Perkembangan Hukum di Belanda), Liberty, Yogyakarta, 1992.
- Lexy J. Moleong, Metodologi Penelitian Kualitatif, Remaja Rosda Karya, Bandung, 1995.
- LPPN/INDES, Peran Swasta dan Kepentingan Masyarakat dalam Pembangunan Infrastruktur, Koperasi Jasa Profesi, LPPN, Jakarta, 1997.
- Mariam Darus Badruzaman (I), Aneka Hukum Bisnis, Alumni, Bandung, 1994.
- (II), dkk, Kompilasi Hukum Perikatan, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001.
- Maria S.W. Sumardjono, Memahami PP No. 40/1996 Tentang HGU, HGB dan Hak Pakai (HP) Atas Tanah Serta PP No. 41/1996 Tentang Pemilikan Rumah Tempat Tinggal Atau Hunian Oleh Orang Asing Yang Berkedudukan Di Indonesia, Newsletter No. 26 / VII / September / 1996.
- Munir Fuady (I), Hukum Bisnis Dalam Teori dan Praktek, Buku Kedua, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996.
- (II), Kontrak Pemborongan Mega Proyek, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1998.
- (III), Pembiayaan Perusahaan Masa Kini (Tinjauan Hukum Bisnis), Citra Aditya Bakti, 1997.
- (IV), Hukum Tentang Pembiayaan Dalam Teori Dan Praktek, Citra Aditya Bakti, 1995.
- Panji Anoraga (I), Perusahaan Multinasional Penanaman Modal Asing, Pnustaka Jaya, Jakarta, 1995.
- (II), BUMN, Swasta dan Koperasi, Tiga Pelaku Ekonomi, Pustaka Jaya, Jakarta, 1995.
- Peter Mahmud Marzuki, Kontrak Dan Pelaksanaannya, Makalah seminar Tentang Hukum Kontrak, CCLE, Bali, 2000.

Pola Dasar Pembangunan Daerah Bali, Tahun 2000-2005

Purwahid Patrik (I), Hukum Perdata II (Perikatan Yang Lahir Dari Perjanjian dan Undang-undang), Fakultas Hukum UNDIP, Semarang, 1986

----- (II), Asas itikad Baik dan Kepatutan Dalam Perjanjian, FH UNDIP Semarang, 1982.

Richard Burton Simatupang, Aspek Hukum Dalam Bisnis, Rineka Cipta, Jakarta, 1996.

Lonny Hanitijo Socmitro, Metodologi Penelitian Hukum dan Jurimetri, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1988.

Manusi Bintang dan Dahlan, Pokok-Pokok Hukum Ekonomi dan Bisnis, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2000.

Aljipto Rahardjo (I), Ilmu Hukum, Citra Aditya Bakti, Bandung 1991.

----- (II), Hukum dan Masyarakat, Angkasa, Bandung, 1990.

Perjono Soekanto dan Sri Mamudji, Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat, Rajawali Pers, Jakarta, 1988.

Abekti R., Aneka Perjanjian, Cet. Kesembilan, Citra Aditya Bakti, 1982.

Abekti R. dan Tjitro Sudibio R., Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, edisi revisi, Pradnya Paramita, Jakarta, 1999.

Margo Gautama dan Ellyda T. Soetyarto, Komentar atas Peraturan-Peraturan Pelaksanaan UUPA 1996, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1997.

Kardi, Kebijakan Penanaman Modal Asing Terhadap Pembangunan Di Indonesia, Jurnal Yuridika, FH UNAIR Surabaya No. 1 & 2 Th. XIII, Januari-April 1998.

Mantoro (I), Kegiatan Perusahaan Multinasional Problem Politik hukum dan Ekonomi Dalam pembangunan Nasional, Gramedia, Jakarta, 1987.

----- (II), Pengantar Tentang Pasar Modal Di Indonesia, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1990.

----- (III), Bunga Rampai Permasalahan Penanaman Modal Dan Pasar Modal (problems Of Investment In Equities and In Securities), Bina Cipta, 1984.

Aryati Hartono, Masalah-masalah dalam Joint Ventures antara Modal Asing dan Modal Indonesia, Alumni, Bandung, 1974.

Redjeki Hartono (I), Bentuk-bentuk Kerjasama Dalam Dunia Niaga, Untag, Semarang, 1978.

----- (II), Undang-Undang Anti Monopoli Dalam Hukum Ekonomi Yang Berwawasan keseimbangan Kepentingan Menuju pada Sistem Ekonomi Yang Sehat, Naskah Diskusi Panel: reformasi Hukum Ekonomi, FH Janabadra, Yogyakarta, 1998.

- (III), Kapita Selekta Hukum Ekonomi, Mandar Maju, Bandung, 2000.
- (IV), Kapita Selekta Hukum Perusahaan, Mandar Maju, Bandung, 2000.
- Wibisono, J.S., Wanprestasi Dalam Kontrak dan Upaya Hukum Penanggulangannya, Makalah Seminar Tentang Hukum Kontrak, CCLE, Bali, 2000.
- William Wiebe, Indonesia & International Contract Law, Seminar Series, Center for Commercial Law & Economics, Bali, June 2000
- Virjono Prodjodikoro, Asas-asas Hukum Perjanjian, Seminar Bandung, Jakarta, 1983

Peraturan Perundang-undangan

- Undang-Undang No. 1 Tahun 1995 tentang Perseroan Terbatas (PT);
- Undang-Undang No. 1 Th. 1967 Tentang PMA.
- Undang-Undang No. 11 Th. 1970 Tentang Perubahan Dan Tambahan Undang-Undang No. 1 Th. 1967 Tentang PMA.
- Undang-Undang No. 12 Tahun 1994 tentang Pajak Bumi dan Bangunan
- Undang-Undang no. 16 Tahun 2000 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-undang No. 6 Tahun 1983 tentang Tata Cara Perpajakan;
- Undang-Undang No. 17 Tahun 2000 tentang Perubahan Ketiga atas Undang-Undang No. 7 Tahun 1983 Tentang Pajak Penghasilan;
- Undang-Undang No. 19 tahun 2003 tentang Badan Usaha Milik Negara (BUMN);
- Undang-Undang No. 20 Tahun 2000 tentang Perubahan atas Undang-Undang No. 21 Tahun 1997 tentang Bea Perolehan Hak Atas Tanah dan Bangunan;
- Undang-Undang No. 5 Th. 1960 Tentang Peraturan Pokok-Pokok Agraria.
- Undang-Undang No. 6 Th. 1968 Tentang PMDN.
- Peraturan Menteri Dalam Negeri No. 3 Tahun 1983, tentang Bentuk-bentuk Penyertaan Modal Daerah pada Swasta;
- Peraturan Menteri Dalam Negeri No. 4 Tahun 1990 tentang Bentuk-bentuk Kerjasama yang dapat Dilaksanakan Antara Perusahaan Daerah dan Swasta.
- Peraturan Pemerintah No. 13 Tahun 1998 tentang Perusahaan Umum (PERUM);
- Peraturan Pemerintah No. 20 Th. 1994 Tentang Pemilikan Saham Dalam Perusahaan Yang Didirikan Dalam Rangka Penanaman Modal Asing.
- Peraturan Pemerintah No. 24 Th. 1997 Tentang Pendaftaran Tanah.
- Peraturan Pemerintah No. 29 Th. 1996 Tentang Pembayaran Pajak Penghasilan Atas Penghasilan Dari Persewaan Tanah dan/atau Bangunan.

Peraturan Pemerintah No. 3 Tahun 1983, yang telah diperbaharui dengan Peraturan Pemerintah No. 12 Tahun 1998 tentang Perusahaan Perseroan (PERSERO);

Peraturan Pemerintah No. 40 Th. 1996 Tentang Hak Guna Usaha, Hak Guna Bangunan Dan Hak Pakai Atas Tanah.

Peraturan Pemerintah No. 6 Tahun 2000, tentang Perusahaan Jawatan (PERJAN);

Pres No. 39 Th. 1991 Tentang Koordinasi Pengelolaan Pinjaman Komersial Luar Negeri.

Pres No. 55 Th. 1993 Tentang Pengadaan Tanah Bagi Pelaksanaan Pembangunan Untuk kepentingan Umum.

Pres No. 5 Tahun 1988 tentang Pedoman Penyehatan dan Pengelolaan Badan Usaha Milik Negara (BUMN).

Keputusan Menteri Keuangan No. 248/KMK.04/1995 Tentang Perlakuan Pajak Penghasilan Terhadap Pihak-Pihak Yang Melakukan Kerjasama dalam Bentuk Perjanjian Bangun Guna Serah (Build Operateb And Transfer).

Keputusan Menteri Keuangan RI No. 740/KMK.00/1989, tentang Peningkatan Efisiensi dan Produktivitas Badan Usaha Milik Negara (BUMN);

Keputusan Presiden RI No. 39 Tahun 1991 tentang Koordinasi Pengelolaan Pinjaman Komersial Luar Negeri;

Keputusan Menteri Penggerak Dana Investasi / Ketua Badan Koordinasi Penanaman Modal No. 15 / SK / 1994 Tentang Ketentuan Pelaksanaan Pemilikan saham Dalam Perusahaan Yang Didirikan Dalam Rangka Penanaman Modal.